الدرر الفقهية في شرح اللمعة الدمشقية

المجلد الثاني عشر

كتاب النكاح و الطلاق



آية الله الشيخ ماجد الكاظمي

١٢

بسم الله الرحمن الرحيم

الدرر الفقهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه

نویسنده:

ماجد کاظمی

ناشر چاپی:

دار الهدی

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

الدرر الفقهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه المجلد ۱۲

اشاره

سرشناسه : کاظمی، ماجد، محقق

عنوان و نام پدیدآور : الدرر الفقهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه/ تالیف ماجد الکاظمی. الشارح

مشخصات نشر : قم: دارالهدی، ۱۳۹۴. ۱۴۳۷ ه_ ق

مشخصات ظاهری : ۱۲۴ ص.

۸ - ۴۱۶ - ۴۹۷ - ۹۶۴ - ۹۷۸ (دوره)

وضعیت فهرست نویسی : برون سپاری.

یادداشت : عربی.

یادداشت : کتابنامه به صورت زیرنویس.

۵۸۲ ص, عربی.

الفهرسه طبق نظام فیبا

الموضوع: الشهید الاول, محمد بن مکی، ۷۳۴ - ۷۸۶ ق. اللمعه الدمشقیه - النقد و التفسیر.

الموضوع: الفقه الجعفری القرن ۸ ق.

التعریف الاضافی: الشهید الاول, محمد بن مکی، ۷۳۴ - ۷۸۶ ق. اللمعه الدمشقیه - الشرح.

الایداع فی المکتبه الوطنیه:

BP ۱۸۲ / ۳ / ش ۹ ل ۸۰۴۲۲۳ ,۱۳۹۴

۳۸۶۷۷۲۱ - ۲۹۷ / ۳۴۲

ص: ۱

اشاره

الدرر الفقهیه

فی شرح

اللمعه الدمشقیه

کتاب

النكاح والطلاق

الجزء الثانی عشر

ایه الله الشیخ ماجد الکاظمی

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ثم الصلاه والسلام على البشير النذير محمد المصطفى وعلى اله الطيبين الطاهرين واللعن على اعدائهم اجمعين

(الفصل الثالث فى المحرمات و توابعها)

اسباب التحريم

وهى اما نسبيه او سببيه والمراد بالسبب غير النسب من مناشئ التحريم، و هى:

المصاهره والرضاع، و الاعتداد، و استيفاء العدد، و الكفر، و الاحرام، و اللعان.

محرمات النسب

(يحرم بالنسب تسعه الام و ان علت، و البنت و بنتها و بنت الابن فنازلا، و الأخت و بنتها فنازلا، و بنت الأخ كذلك و العمه و الخاله فصاعدا)

ص:٣

قال تعالى {حُرِّمَتْ عَلَيْكَمْ أَمَّهَاتُكَمْ وَ بَنَاتُكَمْ وَ أَخَوَاتُكَمْ وَ عَمّاتُكَمْ وَ خَالَاتُكَمْ وَ بَنَاتُ الْأَخِ وَ بَنَاتُ الْأَخْت}(١).

و تعميم التحريم للبنت النازله ليس الّا لصدق عنوان البنت عليها فيشملها اطلاق الآيه الكريمه، و هكذا الحال بالنسبه إلى بقيه التعميمات المذكوره فى بقيه الاصناف فانها ليست الّا لأجل التمسك بالاطلاق.

و من الواضح ان الحرمه ثابته من الطرفين، فمثل الاصناف السبعه من الرجال يحرم على النساء أيضا، فيحرم الاب و ان علا على البنت، و الولد و ان سفل على الام، و هكذا.

و حرمه الاصناف السبعه بالنسب لا تختص بالنسب الشرعى بل تعم ما يحصل بالزنا أيضا، فيحرم الولد من الزنا على الزانيه و امها و اختها و على أم الزانى و اخته و هكذا، فان المراد من الاصناف السبعه المشار إليها فى الآيه الكريمه هو عناوينها اللغويه و الّا فالشريعه لم تأت بمصطلح جديد فى هذا المجال، فبنت الرجل مثلا هى من تولدت من مائه سواء كان ذلك بنكاح شرعى أم لا، و أم الابن هى من ولدته سواء كان ذلك بنكاح شرعى أم لا , قال تعالى {إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللّائِي وَلَدْنَهُمْ}. و الشريعه لا تدخّل لها فى هذا المجال سوى انها نفت التوارث فى فرض الزنا و الّا فبقيه الاحكام تترتب تمسكا بالاطلاق بعد عدم تقييد الاصناف السبعه بما إذا كان صدقها من طريق النكاح الشرعى.

١- النساء: ٢٣

و أیضا لا فرق فی النسب المتولد من النکاح بین ان یکون بسبب العقد أو وطء الشبهه، تمسکا بالاطلاق .

هـذا و تنقسم الحرمه إلی دائمه و مؤقته، فالـدائمه کحرمه الاصـناف السـبعه النسـبیه مثلاـ و المؤقته کحرمه اخت الزوجه، و بنت الزوجه غیر المدخول بها، و المطلقه ثلاثا، و بنت اخ او اخت الزوجه و غیر ذلک.

حصیله البحث:

و حرمه الاصـناف السبعه بالنسب لا تختص بالنسب الشرعی بل تعم ما یحصل بالزنا أیضا، فیحرم الولد من الزنا علی الزانیه و امها و اختها و علی أم الزانی و اخته و هکذا و لا فرق فی النسب المتولد من النکاح بین ان یکون بسبب العقد أو وطء الشبهه، کما و تنقسم الحرمه إلی دائمه و مؤقته، فالـدائمه کحرمه الاصـناف السـبعه النسبیه مثلاـ و المؤقته کحرمه اخت الزوجه، و بنت الزوجه غیر المدخول بها، و المطلقه ثلاثا، و بنت اخ او اخت الزوجه و غیر ذلک .

ص:۵

محرمات الرضاع

(و يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب)

لا ريب فی ان الرضاع سبب لتحقق حرمه النكاح فی الجمله فهو من ضروريات الدين و يدل عليه قوله تعالی {وأُمَّهاتُكُمُ اللّاتِی أَرْضَعْنَكُمْ وَ أَخَواتُكُمْ مِنَ الرَّضاعَه}(۱) و ورد فی احاديث كثيره «يحرم من الرّضاع ما يحرم من النسب» كما فی صحيح بريد العجلیّ: «قلت لأبی جعفر (عليه السلام): أ رأيت قول النّبیّ (صلی الله عليه و آله) «يحرم من الرّضاع ما يحرم من النسب، فسّره لی- إلی أن قال- فإنّ ذلك رضاع ليس بالرّضاع الذی قال النّبیّ (صلی الله عليه و آله): يحرم من الرّضاع ما يحرم من النسب»(۲).

و فی صحيح عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (عليه السلام) «يحرم من الرّضاع ما يحرم من القرابه»(۳).

شروط الرضاع المحرم

لا يوجب الرضاع انتشار الحرمه الّا إذا تحققت الشروط التاليه:

۱- (بشرط كونه عن نكاح)

۱- النساء: ۲۳

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۷۵

۳- وسائل الشيعه ۱۴: ۲۸۱ الباب ۱ من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث ۲

أی کون اللبن من ولاده شرعیه کما یستفاد من صحیحه عبد اللّه بن سنان: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن لبن الفحل قال: هو ما ارضعت امرأتک من لبنک و لبن ولدک ولد امرأه اخری فهو حرام»(۱)، بتقریب ان اسناد اللبن إلی الفحل و الولد یدل علی اعتبار الوطء و الحمل و الولاده. و التعبیر ب «امرأتک» یدل علی اعتبار العقد الشرعی و عدم کفایه الولاده عن زنا.

و یمکن الاستدلال له أیضا بصحیح برید العجلیّ: قلت لأبی جعفر (علیه السلام): أ رأیت قول النّبیّ (صلی الله علیه و آله): یحرم من الرّضاع ما تحرم من النسب فسّره لی؟ فقال: کلّ امرأه أرضعت من لبن فحلها ولد امرأه أخری من جاریه أو غلام فذلک الرّضاع الذی قال النّبیّ (صلی الله علیه و آله) - الخبر»(۲) فخصّ أثر الرّضاع بما إذا کان من لبن فحل المرأه أی زوجها.

و یؤید لزوم کونه عن حلال ما فی الدّعائم «عن جعفر بن محمّد علیهما السّلام لبن الحرام لا یحرّم الحلال, و مثل ذلک امرأه أرضعت بلبن زوجها، ثمّ أرضعت بلبن فجور، قال: و من أرضع من فجور بلبن صبیّه لم یحرم من نکاحها لأنّ اللّبن الحرام لا یحرّم الحلال» لکن الإسکافی قال: «و لو أرضعت بلبن حمل من زنا حرمت و أهلها علی المرتضع، و کان تجنّبه أهل الزانی أحوط و أولی».

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۲۹۴ الباب ۶ من أبواب ما یحرم بالرضاع الحدیث ۴

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۷۵

قیل: و لعلّه استند فی تفریقه بین المرضعه و صاحب اللّبن أنّ القاعده فی الرّضاع الحرمه منه ما حرم من النّسب و فی النسب لا یثبت الأبوّه بالزّنا لقوله (صلی الله علیه و آله): «الولد للفراش و للعاهر الحجر». و أمّا الأمومه فإنّما هی بمجرّد الولاده قال تعالی {إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِی وَلَدْنَهُمْ}. وفیه: ان الولد تابع لابیه فی النسب ایضا والمنفی انما هو التوارث وکذلک فی الام فلا فرق بینهما وما تقدم من ادله الرضاع قیدت حکم الرضاع بما کان عن حلال .

و اما قوله (صلی الله علیه و آله): «الولد للفراش و للعاهر الحجر» فاجنبی عن المقام فلو زنت ذات البعل فالولد لصاحب الفراش و لا علاقه له بما نحن فیه.

و أمّا غیر الوطی فیدل علی عدم کفایته ایضا صحیح یونس بن یعقوب عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «سألته عن امرأه درّ لبنها من غیر ولاده فأرضعت جاریه و غلاما من ذلک اللبن هل یحرم بذلک اللبن ما یحرم من الرضاع؟ قال: لا»(۱) و غیره.

و قد یقال بتأثیر لبن الجاریه التی زنی بها فی الحرمه إذا جعل مولی الجاریه الذی فجر بالجاریه فی حلّ بدلیل صحیح محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام): «لبن الیهودیّه و النصرانیّه و المجوسیّه أحبّ إلیّ من لبن أمّ ولد الزّنا, و کان لا یری

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۳۰۲ الباب ۹ من أبواب ما یحرم بالرضاع الحدیث ۱

بأسا بلبن ولـد الزّنا إذا جعل مولى الجاريه الـذى فجر بالجاريه فى حلّ»(۱) بـدليل ذيل الصـحيح «وكان لا يرى باسا...» وفيه: انه ظاهر فى رفع الكراهه لا غير.

و مثله فى الـدلاله صـحيح الحلبىّ: «سـألته- إلى أن قـال- و الزّانيه لا ترضع ولـدك فإنّه لا يحلّ لك، و المجوسـيّه لا ترضع لك ولدك إلّا أن تضطرّ إليها»(۲).

و صـحيح علىّ بن جعفر، عن أخيه (عليه السـلام) «عن امرأه زنت هـل تصـلح أن تسترضع؟ قـال: لاـ يصـلح، و لا لبن ابنتها الّتى ولدت من الزّنا»(۳).

(و ان ينبت اللّحم أو يشدّ العظم)

اقول: و الموجود فى النصوص و الفتـاوى اعتبـار الوصـفين معـا و لـذا قال الشـهيد الثانى ان اكتفاء المصـنف هنا بأحـدهما «لعلّه للتلازم عاده» و الّا فلا يكفى احدهما .

(أو يتم يوما و ليله أو خمس عشره رضعه، و الأقرب النشر بالعشر)

اقول: وقع الخلاف فى تحديد مقدار الرضاع الناشر للحرمه. و منشؤه اختلاف الروايات.

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۷۹

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۷۹

۳- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۷۸

و هی مع اختلافها اتفقت علی التحدید الکیفی و ان الارضاع متی ما اوجب نبات اللحم و شد العظم تحقق به نشر الحرمه , و هذا ممّا اتّفق علیه العامّه و الخاصّه.

بل یظهر منها ان المدار فی نشر الحرمه هو التحدید الکیفی، و جاء التحدید الزمانی و الکمی کطریق لإحراز ذلک کما نجد ذلک واضحا فی صحیحه علی بن رئاب عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «قلت: ما یحرم من الرضاع؟ قال: ما انبت اللحم و شدّ العظم. قلت: فتحرّم عشر رضعات؟ قال: لا، لأنه لا تنبت اللحم و لا تشد العظم عشر رضعات»(۱) و غیرها.

و الاختلاف فی الروایات ینحصر فی ضبط التحدید الکمی لا الکیفی، ففی بعضها اکتفی بعشر رضعات متوالیه، و فی بعضها الآخر اعتبر خمس عشره رضعه و فی روایات اخر غیر ذلک.

اما خمس عشره رضعه او یوم ولیله فینحصر مستنده بموثقه زیاد بن سوقه: «قلت لأبی جعفر (علیه السلام): هل للرضاع حدّ یؤخذ به؟ فقال: لا یحرّم الرضاع أقلّ من یوم و لیله أو خمس عشره رضعه متوالیات من امرأه واحده من لبن فحل واحد لم یفصل بینها رضعه امرأه غیرها، فلو ان امرأه أرضعت غلاما أو جاریه عشر رضعات من لبن فحل واحد و ارضعتها امرأه اخری من فحل آخر عشر رضعات لم یحرم نکاحهما»(۲).

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۲۸۳ الباب ۲ من أبواب ما یحرم بالرضاع الحدیث ۲

۲- وسائل الشیعه ۱۴: ۲۸۳ الباب ۲ من أبواب ما یحرم بالرضاع الحدیث ۱

و هو و ان كـان فى طريقه عمّـار الساباطىّ و لا وثوق باخباره الّا ان الراوى عنه الحسن بن محبوب وهو من اصـحاب الاجماع , و ذيله «فلو أنّ- إلـخ» مختـلّ المعنى فلاـ تفرع للـذيل على الصـدر, و لم يروه الكـافى و الفقيه و إنّما عمل به فى المقنع على ما فى النسـخه المطبوعه و نقل صاحب الوسائل، و لكن المختلف لم ينقله بل نقل عنه ما ليس فى نسـختنا، و يعارضه موثق صفوان عن حماد بن عثمان اوغيره عن عمر بن يزيد، عن الصّادق (عليه السلام): «خمسه عشر رضعه لا تحرّم»(١).

هـذا و لم يـذكر المفيـد و الـدّيلمىّ اليوم والليله و إنّما قال بهما ابن حمزه و ابن زهره و الحلىّ تبعا للشـيخ مع أنّ من قال به كان عليه أن يقول بخمس عشـره لكون مدركهما واحدا مع أنّ ابن حمزه توقّف بينه و بين العشر، و ابن زهره تردد بينه وبين العشر، و الحلىّ قال أوّلا بالعشر و يوم و ليله، و إن مال ثانيا إلى خمس عشره.

و أمّا القول بالعشر فـذهب إليه العمانىّ و المفيد و الدّيلمىّ و الحلبىّ و القاضـى، و الحلّى اختاره أوّلا، و هو المفهوم من الكلينى فروى موثق عبيـد بن زراره، عن الصّادق (عليه السـلام): سألته عن الرّضاع ما أدنى ما يحرّم منه؟ قال: ما أنبت اللّحم أو الـدّم، ثمّ قال: ترى واحده تنبته؟فقلت: أسألك أصلحك اللّه اثنتان فقال: لا قال: فلم أزل

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٣١۴ح٩

أعدّ علیه حتّی بلغ عشر رضعات» و مثله خبره الاخر(۱) و دلالتهما بالتقریر و السکوت.

و فی صحیحه الاخر قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): «إنّا أهل بیت کبیر- إلی- فما الذی یحرّم من الرّضاع فقال: ما أنبت اللّحم و الدّم، فقلت: و ما الذی ینبت اللّحم و الدّم؟ فقال: کان یقال: عشر رضعات، قلت: فهل یحرّم عشر رضعات؟ فقال: دع ذا، و قال: ما یحرّم من النسب فهو ما یحرّم من الرّضاع»(۲) و هذا لا دلاله فیه علی العشر کما لا یخفی.

و خبر عمر بن یزید: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام): «عن الغلام یرضع الرضعه و الثنتین فقال: لا یحرّم، فعددت علیه حتی أکملت عشر رضعات فقال: إذا کانت متفرقه فلا»(۳) و دلالته بالمفهوم لکنه ضعیف سندا نعم رواه الشیخ بسند موثق(۴).

و خبر مسعده بن صدقه، عنه (علیه السلام): «لا یحرّم من الرّضاع إلّا ما اشتدّ العظم و أنبت اللّحم، و أمّا الرّضعه و الرضعتان و الثلاث حتّی بلغ عشرا إذا کنّ متفرّقات فلا

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۳۸ح ۲و۳
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۳۹ح ۹
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۳۹ح ۹
۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۱۴ح ۱۰

بأس»(۱) و دلالته کفایه العشر ولو لم تکن متوالیه ولم یقل به احد مضافا الی ضعفه سندا.

و فی مقابلها أخبار تدلّ علی عدم الأثر فی العشر، کما فی صحیح علیّ بن رئاب، عن الصّادق (علیه السلام) قلت: «ما یحرّم من الرّضاع؟ قال: ما أنبت اللّحم و شدّ العظم، قلت: فیحرّم عشر رضعات؟ قال: لا، لأنّها لا تنبت اللّحم و لا تشدّ العظم عشر رضعات»(۲). و موثق عبید بن زراره، عنه (علیه السلام): «عشر رضعات لا یحرّمن شیئا»(۳). و موثق ابن بکیر، عنه (علیه السلام): «عشر رضعات لا تحرّم»(۴).

و یدلّ علیه أیضا بالأولویّه موثق صفوان عن حماد بن عثمان اوغیره عن عمر بن یزید، عن الصّادق (علیه السلام): «خمسه عشر رضعه لا تحرّم»(۵) فإذا کان الأکثر لا یؤثّر فکیف یؤثّر الأقلّ.

و فی المسأله قول ثالث للفقیه أنّه مدّه الرّضاع و لا أقلّ من سنه حیث اقتصر علی صحیح حریز، عن الفضیل بن یسار، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) قال: «لا یحرّم من

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۳۹ح۹

۲- وسائل الشیعه ۱۴: ۲۸۳ الباب ۲ من أبواب ما یحرم بالرضاع الحدیث ۲

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۱۳ح۷

۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۱۳ح۸

۵- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۱۴ح۹

الرّضاع إلّا ما كان مجبورا، قال: قلت:و ما المجبور؟ قال: أمّ تربّى أو ظئر تستأجر أو أمه تشترى»(۱).

و صحيح العلاء بن رزين، عن أبى عبد اللّه (عليه السلام): «لا يحرّم من الرّضاع إلّا ما ارتضع من ثدى واحد سنه»(۲).

و خبر عبيد بن زراره، عن زراره، عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) قال: «سألته عن الرّضاع، فقال: لا يحرّم من الرّضاع إلّا ما ارتضع من ثدى واحد حولين كاملين»(۳).

و خبر عبد اللّه بن زراره، عن الحلبىّ، عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) قال: «لا يحرّم من الرّضاع إلّا ما كان حولين كاملين»(۴) و لم يرو أخبار العشر، و لا خبر خمسه عشر مرّه، و لا خبر خمسه عشر يوما، و لا أخبار كفايه الرّضعه.

و رده الشيخ فى التّهذيب بحمل أخبار الحولين على كون الحولين ظرفا و حكم بشذوذ خبر السّنه.

قلت: اما حمل أخبار الحولين على كون الحولين ظرفا فخلاف الظاهر و اما الحكم بشذوذ خبر السنه فهو صحيح لعدم عمل الاصحاب به عدا الفقيه.

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۷۷

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۷۷

۳- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۷۷

۴- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۷۷

و یـدل علی هـذا القول صـحیح صـفوان بن یحیی وهو من اصـحاب الاجماع عن موسـی بن بکر، عن أبی الحسن (علیه السـلام) قلت: «له إنّ بعض موالیک تزوّج إلی قوم فزعم النساء أنّ بینهما رضاعا، قال: أمّا الرّضـعه و الرّضـعتان و الثلاث فلیس بشـی ء إلّا أن تکون ظئرا مستأجره مقیمه علیه»(1).

و قول رابع للإسـکافیّ: إجزاء رضـعه واحده، و یدلّ علیه صحیح علیّ بن مهزیار عن أبی الحسن (علیه السلام): «کتب إلیه یسأله عن الذی یحرّم من الرّضاع؟ فکتب (علیه السـلام) قلیله و کثیره حرام»(2) و خبر الحسـین بن علوان، عن زید بن علیّ، عن آبائه، عن علیّ علیهم السّـلام «الرّضـعه الواحده کالمائه رضـعه لا تحلّ له أبدا»(3) و حملهمـا الشـیخ علی التقیّه، و قال فی الخبر الثانی «لأنَّ طریق هذا الخبر رجال العامَّه و الزَّیدیَّه و لم یروه غیرهم و ما هذا سبیله لا یجب العمل به», قلت: فلا وثوق بهما.

و قـد یسـتدل له بمرسل ابن أبی عمیر، عن بعض أصـحابنا رواه، عن أبی عبـد اللّه (علیه السـلام) قال الرّضاع الذی ینبت اللّحم و الدّم هو الذی یرضع حتّی یتضلّع و یمتلی ء و ینتهی نفسه»(4) .

ص:15

1- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج 7، ص: 324ح43

2- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج 7، ص: 316ح16

3- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج 7، ص: 317ح17

4- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج 7، ص: 316ح14

و فيه: أنّ إطلاقه ليس فى مقام البيان بعد احتمال كونه فى وصف الرّضعه من الرّضعات.

و قول خامس للصدوق فى هدايته و هو «خمسه عشر يوما و ليله» و ذهب إليه شيخه ابن الوليد على ما نقل المختلف عنه فى مقنعه، و لم نقف على خبره سوى ما فى المختلف و الوسائل عن المقنع قال: «و روى لا يحرّم من الرّضاع إلّا رضاع خمسه عشر يوما و لياليهنّ ليس بينهنّ رضاع» قلت: و الخبر مرسل و لا وثوق به .

و بالجمله الاقوال والأخبار كما ترى و ليس كلّ خبر منها قائلاً به من العامّه، حتّى نحمله على التقيّه فإنّهم كما يفهم من الخلاف قائلون بالخمس و الثلاث و الواحده، ففيه بعد نقل قول العشر عن بعض منّا و الخمس عشره و يوم و ليله و ما شدّ العظم عن بعض منّا، و قال الشّافعىّ «لا يحرّم إلّا خمس رضعات متفرّقات» و به قال ابن الزّبير و عائشه و فى التابعين سعيد بن جبير و طاوس، و فى الفقهاء أحمد و إسحاق، و قال قوم: «قدرها ثلاث رضعات» ذهب إليه زيد بن ثابت فى الصحابه، و إليه ذهب أبو ثور و أهل الظاهر و قال قوم: «إنّ الواحده حتّى لو كان قطره تنشر الحرمه، ذهب إليه على ما رووه علىّ (عليه السلام) و ابن عمرو ابن عبّاس و به قال فى الفقهاء مالك و الأوزاعىّ و اللّيث بن سعد و الثورىّ و أبو حنيفه و أصحابه- إلخ».

و لكن يمكن حمل ما هو غير الحقّ منها على التقيّه بمعنى إلقاء الاختلاف بين الشيعه للتقيّه كما ورد ذلك فى أخبار و إن كان العامّه لم يقولوا بما فيها فلا يرد ما

قاله الشيخ فی التّهذيب: «أنّه (عليه السلام) نسب إلی غيره إثبات العشر اللّحم، و لمّا سئل عمّا عنده قال: دع ذا فلم يكن راضيا بذلک».

و عليه فنقول: الأقوی العمل بروايات العشر لأنّ اكثر الاصحاب عملوا بها و قد قالوا عليهم السّلام: خذ بما اشتهر بين أصحابک، و عدم التصريح فی أخباره يمكن ان يكون للتقيّه لا أنّ القول بالعشر تقيّه فقد عرفت عدم قائل به من العامّه، بل روت العامّه أنّ العشر كان فی القرآن ثمّ نسخ ففی المسأله الثالثه من كتاب رضاع الخلاف «روی عن عائشه كان ممّا أنزل اللّه فی القرآن أنّ عشر رضعات معلومات يحرّمن، ثمّ نسخن بخمس معلومات، و توفّی النّبیّ (صلی الله عليه و آله) و هی ممّا تقرء فی القرآن»(1) قال فی الخلاف: لا يقبل ادّعاؤها النسخ»(2) و رواه الترمذیّ وقال فی آخره: «فتوفّی (صلی الله عليه و آله) و الأمر علی ذلک» و قال: أفتی بالخمس عائشه و بعض أزواج النّبیّ (صلی الله عليه و آله) و الشافعیّ و إسحاق، و مال إليه أحمد و قال: قال بتحريم القليل بعض الصّحابه و الثوریّ و مالک و الأوزاعیّ و ابن المبارک و وكيع و أهل الكوفه». و رواه النسائیّ مثل الخلاف «فتوفّی النّبیّ (صلی الله عليه و آله) و هی ممّا تقرء من

1- قال الجزيری فی كتابه الفقه علی المذاهب الاربعه 4: 228: «ان الشافعيه و الحنابله يقولون:ان الرضاع لا يحرّم الا اذا كان خمس مرات، و المالكيه و الحنفيه يقولون: ان الرضاع يحرّم مطلقا قليلا كان او كثيرا و لو قطره. و قد استدل الشافعيه و الحنابله بما رواه مسلم عن عائشه قالت: كان فيما انزل اللّه فی القرآن ان عشر رضعات معلومات يحرّمن فنسخن بخمس معلومات فتوفی رسول اللّه صلّی اللّه عليه و سلّم و هنّ فيما يقرأ من القرآن».

2- الترمذیّ (فی 3 من أبواب رضاعه)

القرآن» و مثله أبو داود، و روى الأوّل «عن إبراهيم النخعيّ، عن شريح أنّ عليّا و ابن مسعود كانا يقولان بتحريم قليل الرّضاع و كثيره، و لا عبره برواياتهم. فما ثبت أنّ عترته عليهم السّلام يقولون كان (عليه السلام) يقوله، و ما قاله (عليه السلام): كانوا يقولونه، و ما يقوله كلّ منهم قول النّبيّ (صلى الله عليه و آله) و قول اللّه تعالى، و قد عرفت أنّ الحسين بن علوان روى عن زيد، عن آبائه، عنه (عليه السلام) أيضا ذلك و لا عبره به كروايه شريح.

ثم لا يخفى انه لا يمكن الترجيح بموافقه الكتاب العزيز لان قوله تعالى: {وأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَ أَخَوَاتُكُم مِنَ الرَّضَاعَه}(۱) لا نظر له إلى تحديد المده. و هكذا قوله تعالى: {وَ أُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُم}(۲) يثبت الحل لما عدا الامهات و الاخوات من الرضاعه من دون دلاله على ما يتحقق به ذلك.

كما و انه مع استقرار التعارض و عدم المرجح يتساقطان و يلزم الرجوع الى الاصل بلحاظ كل اثر بخصوصه، فبالنسبه إلى صحه العقد على من رضعت عشرا يستصحب عدم ترتب الاثر، و بالنسبه إلى جواز النظر تجرى البراءه على فرض عدم وجود عموم يصلح التمسک به.

و هنالک اخبار اخر شاذه لم يعمل بها الاصحاب مثل خبر الفضيل بن يسار، عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: لا يحرّم من الرّضاع إلّا المجبوره أو خادم أو ظئر قد رضع

۱- النساء: ۲۳

۲- النساء: ۲۴

عشر رضعات يروى الصبىّ و ينام»(۱) فإنّه و إن تضمّن كفايه العشر لكنّه قيّده بما إذا كان من المجبوره أو خادم أو ظئر، وهو مع ضعفه سندا قال التّهذيب بعده: إنّه متروك الظاهر لأنّه قد حرّم من الرّضاع من لا تكون مجبوره و لا خادما و لا ظئرا بأن تكون امرأه متبرّعه فأرضعت إنسانا مقدار ما يحرّم- إلخ».

مع أنّه روى الشيخ موثقا عن الفضيل بن يسار، عن عبد الرّحمن بن أبى عبد اللّه، عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) قال:«لا يحرّم من الرّضاع إلّا ما كان مجبورا، قال: قلت: و ما المجبور؟ قال:أمّ مربّيه «أو أمّ تربّى» أو ظئر تستأجر أو خادم تشترى أو ما كان مثل ذلك موقوفا عليه»(۲) والظاهر أن الأصل فيهما واحدا و ليس فيه ذكر من العشر.

و يدلّ على كون الأصل واحدا أنّ الفقيه رواه بلفظ الثانى صحيحا عن الفضيل، عن الصّادق (عليه السلام) قال: «لا يحرّم من الرّضاع إلّا ما كان مجبورا، قال: قلت: و ما المجبور؟ قال: أمّ تربّى أو ظئر تستأجر أو أمه تشترى»(۳).

۲- (و ان يكون المرتضع فى الحولين) دون ولد المرضعه .

ص:۱۹

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۱۵ح۱۳

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۲۴ح۴۲ هكذا فى نسختين مطبوعتين من التّهذيب بعد «عبد الرّحمن بن أبى عبد اللّه» «عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) » لكن نقله الوسائل فى ۲ من أبواب ما يحرّم بالرضاع و الوافى فى باب حدّ الرّضاع، ۳۶ من نكاحه «عن عبد الرّحمن بن أبى عبد اللّه قال» بدون «عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) »

۳- الفقيه (رواه فى ۱۲ من أخبار رضاعه ۴۸ من أخبار نكاحه) والمعانى فى ۲۰ من أبوابه .

كما فی صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام) قال: «لا رضاع بعد فطام»(1).

و صحیح الفضل بن عبد الملک، عنه (علیه السلام): «الرّضاع قبل الحولین قبل أن یفطم»(2).

و صحیح منصور بن حازم، عن الصّادق (علیه السلام): قال النّبیّ (صلی الله علیه و آله): «لا رضاع بعد فطام و لا وصال فی صیام- إلی أن قال- فمعنی قوله: «لا رضاع بعد فطام» أنّ الولد إذا شرب لبن المرأه بعد ما تفطمه لا یحرّم ذلک الرّضاع التناکح»(3) و لا یخفی ان تفسیر الحدیث کان من الکلینی و یشهد لذلک ان الصدوق رواه فی الفقیه و الامالی(4) بدون تفسیر، فیدلّ ذلک علی أنّه ما فی الکافی لیس جزءاً من الخبر بل تفسیر منه کما ان الفقیه قام بتفسیره ایضا لکن خارج الروایه.

و یستدلّ علی عدم تحریم الرّضاع بعد الحولین بصحیح علیّ بن أسباط، قال: «سأل ابن فضّال ابن بکیر فی المسجد فقال: ما تقولون فی امرأه أرضعت غلاما سنتین، ثمّ أرضعت صبیّه لها أقلّ من سنتین حتّی تمّت السنتان أ یفسد ذلک بینهما؟ قال: لا یفسد ذلک بینهما لأنّه رضاع بعد فطام. و إنّما قال النّبیّ (صلی الله علیه و آله): «لا رضاع بعد فطام» أی إنّه إذا تمّ للغلام سنتان أو الجاریه فقد خرج من حدّ اللّبن فلا یفسد بینه و بین من یشرب منه، قال: و أصحابنا یقولون: إنّه لا یفسد إلّا أن یکون

1- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج 5، ص: 443ح1

2- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج 5، ص: 443ح2

3- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج 5، ص: 443ح5

4- الفقیه ح 6 من أخبار الرضاع 48 من أبواب النکاح و الأمالی ح4 من المجلس الستّین

الصبیّ و الصبیّه یشربان شربه شربه»(۱) و هو ظاهر فی اشتراط الحولین فی ولد المرضعه دون المرتضع لکن لا عبره به بعد کونه کلام ابن بکیر نفسه مع أنّه فطحیّ , هذا و المراد من« إنّه لا یفسد إلّا أن یکون الصبیّ و الصبیّه یشربان شربه شربه » غیر واضح , کما لم یتضح ارتباطه بصدر الخبر.

ثم انه قیل: ان ظاهر صحیح الحلبی و ان کان یدل علی کون المدار علی الفطام الفعلی دون الوصول إلی سن الفطام، و هو الحولان الّا انه لا بدّ من رفع الید عن ذلک لروایه حماد بن عثمان: «سمعت أبا عبد اللّه (علیه السلام) یقول: لا رضاع بعد فطام، قلت: و ما الفطام؟ قال: الحولین الذی قال اللّه عز و جل»(۲) حیث فسرت الفطام بالحولین دون الفطام الفعلی. و سندها و ان اشتمل علی سهل الّا ان الامر فیه سهل.

و فیه: ان خبر حماد مضافا لضعفه بسهل و لا شاهد علی وثاقته بل الشاهد قائم علی تضعیفه فضعفه النجاشی فکیف کان الامر فیه سهلا , معارض بصحیحه داود بن الحصین عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «الرضاع بعد الحولین قبل ان یفطم محرّم»(۳) و هی تدل علی ان الرضاع بعد الحولین موجب لنشر الحرمه أیضا و بها افتی فی الفقیه(۴) و مثله العمانیّ فقال: «الرّضاع الذی یحرّم عشر رضعات قبل الفطام، فمن

ص:۲۱

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۱۷ح۱۹

۲- وسائل الشیعه ۱۴: ۲۹۱ الباب ۵ من أبواب ما یحرم بالرضاع الحدیث ۵

۳- وسائل الشیعه ۱۴: ۲۹۲ الباب ۵ من أبواب ما یحرم بالرضاع الحدیث ۷

۴- الفقیه (فی ۷ من أخبار رضاعه)

شرب بعد الفطام لم يحرّم [لا يحرّم ظ] ذلك الشرب و هو صريح الإسكافيّ ايضا فقال: «إذا كان بعد الحولين و لم يتوسّط بين الرّضاعين فطام بعد الحولين حرّم». و بذلك يظهر ضعف ما احتمله الشيخ حيث قال «و يجوز ان يكون خرج مخرج التقيه لأنه مذهب لبعض العامه»(۱).

نعم مع التنزل و فرض التعارض لا بدّ من التساقط فى ماده المعارضه و الرجوع إلى إطلاق الكتاب الكريم {وَ أُحِلَّ لَكُمْ مٰا وَرٰاءَ ذٰلِكُم} كمرجع لا كمرجح وعليه فلا يكون محرما, هذا كله فى المرتضع.

و اما ولد المرضعه فهل يشترط كونه فى الحولين؟ ظاهر الصدوق و الشيخين و القاضى و هو صريح الحلىّ عدم الاعتبار فى ولد المرضعه , لان المتبادر من الحديث المتقدم المرتضع دون ولد المرضعه بل يمكن ان يتمسك لإثباته باطلاق صحيحه عبد اللّه بن سنان المتقدمه، فان الخارج منه هو المرتضع، حيث دلّ الدليل الخاص على اعتبار كونه فى الحولين، و اما ولد المرضعه فلم يدل دليل على خروجه منه- لانصراف الحديث المتقدم الى المرتضع- فيبقى مشمولا له مضافا الى أصاله عدم الاشتراط.

و ذهب الحلبيّ و ابن زهره و ابن حمزه إلى الاعتبار فيهما و لعلّه للجمع بين ما مرّ عن الكافى و خبر علىّ بن أسباط المتقدم أو أنّ قول النّبيّ (صلى الله عليه و آله) «لا رضاع بعد فطام» عامّ لهما و انه يتناول ولد المرضعه.

۱- تهذيب الاحكام ۷: ۳۱۸

۳- الارتضاع من الثدی بمصّ الصبیّ فلا یکفی غیره کما لو وجر فی حلقه، او شرب اللبن المحلوب فلا ینشر و لم یذکره المصنّف، و هو المشهور و ذلک لأن الحکم فی الادله انیط بعنوان الارضاع و الرضاعه و نحو ذلک، و هو لا یصدق عرفا من دون الامتصاص من الثدی، و لذا لا یقال لمن شرب الحلیب المحلوب من البقره انه ارتضع منها بخلاف ما لو امتصه من ثدیها.

و مع التنزل و التسلیم بصدقه بدون ذلک فیمکن ان یقال بانصرافه إلی النحو المتعارف منه، و فیما عداه یرجع إلی عموم قوله تعالی: {وَ أُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُم}(۱).

نعم ظاهر الصدوق عدم الاشتراط حیث روی مرسلا «و قال أبو عبد اللّه (علیه السلام): و جور الصبیّ اللّبن بمنزله الرّضاع»(۲) و مثله الإسکافیّ و لعله لمثل هذا المرسل استند.

۴- (و أن لا یفصل برضاع اخری)

کما فی موثق عمر بن یزید: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن الغلام یرضع الرّضعه و الرّضعتین؟ فقال: لا یحرّم، فعددت علیه حتّی أکملت عشر رضعات، فقال: إذا کانت متفرّقه فلا»(۳).

۱- النساء: ۲۴

۲- من لا یحضره الفقیه؛ ج ۳، ص۴۷۹؛ باب الرضاع؛ ح ۲۳

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۱۴ح۱۰

و موثق زیاد بن سوقه، عن الباقر (علیه السلام) فی خبر: «لا- یحرّم الرّضاع أقلّ من رضاع یوم و لیله أو خمس عشره رضعات متوالیات من امرأه واحده من لبن فحل واحد لم یفصل بینها رضاع امرأه أخری- الخبر»(۱) فلو أرضعت الضرّتان ولدا العدد قدرا هذه و قدرا تلک لم تحرّم.

و یؤیده خبر مسعده بن صدقه، عنه (علیه السلام) فی خبر: و أمّا الرّضعه و الرّضعتان و الثلاث حتّی بلغ عشرا إذا کنّ متفرّقات فلا بأس»(۲).

و کذلک لو کان الملاک الیوم و اللیله فلابد من اعتبار عدم الفصل برضاع آخر فی لانصراف عنوان الیوم و اللیله إلی ذلک.

و اما لو کان کل الملاک التحدید الکیفی یعنی انبات اللحم واشتداد العظم فالظاهر عدم اعتبار ذلک لان اللازم بناء علیه نبات اللحم و اشتداد العظم، و لا یهم بعد تحققه ثبوت الفصل بأی شی ء کان لإطلاق النصوص من هذه الناحیه.

و هل یعتبر عدم الفصل بالاکل و الشرب ام لا یعتبر عدمه؟

اما فی التحدید بخمس عشره رضعه فلا یعتبر لان موثقه زیاد قد قیدت الفاصل الذی یعتبر عدمه بالرضاع من امرأه اخری، و هذا بخلافه لو اخذنا بروایه العشر

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۲۸۳ الباب ۲ من أبواب ما یحرم بالرضاع الحدیث ۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۳۹ح۹

فإنه یعتبر عدم الفصل بذلک لاعتبار التوالی فیها الذی لا یصدق مع الفصل بالاکل و الشرب.

و اما انه لا یعتبر عـدم الفصل بـذلک فی التحدیـد الکیفی فلان المعتبر فیه اشـتداد العظم و نبات اللحم کیفما اتفق لفرض اطلاق الروایات من هذه الناحیه.

و اما انه یعتبر عدم الفصل بذلک فی التقدیر الزمانی فلعدم صدق عنوان الیوم و اللیله مع الفصل المذکور.

نعم لا یضر مثل شرب الماء و الدواء بمقدار قلیل لأنه امر متعارف فی الیوم و اللیله و لا یضر بالصدق عرفا.

۵- (و أن یکون اللّبن لفحل واحد فلو ارضعت المرأه جماعه ذکورا و إناثا بلبن فحلین لم یحرم بعضهم علی بعض)

کما هو المشـهور و یسـتفاد ذلک من صـحیحه ابن سـنان عن الصّادق (علیه السـلام): «سألته عن لبن الفحل، قال: هو ما أرضعت امرأتک من لبنک و لبن ولدک امرأه أخری فهو حرام»(۱) فان عنوان لبنک لا یصدق مع تعدد الفحل.

و منه یتضح الوجه فی اعتبار وحده المرضعه، فان ظاهر کلمه «امرأتک» هو شخص امرأتک دون جنسها.

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۲۹۴ الباب ۶ من أبواب ما یحرم بالرضاع الحدیث ۴

ثم ان وحده الفحل كما هى معتبره لنشر الحرمه بين المرتضع و المرضعه و الفحل و ... كذلك هى معتبره لنشر الحرمه بين المرتضعين، فلو ارتضع اثنان من مرضعه واحده بلبن فحلين لم تنتشر الحرمه بينهما و ان انتشرت بين كل واحد منهما مع المرضعه و الفحل و ...و يدل على ذلك صحيحه الحلبى: «سألت ابا عبد اللّه (عليه السلام) عن الرجل يرضع من امرأه و هو غلام أ يحل له ان يتزوج اختها لأمها من الرضاعه؟ فقال: ان كانت المرأتان رضعتا من امرأه واحده من لبن فحل واحد فلا يحل، فان كانت المرأتان رضعتا من امرأه واحده من لبن فحلين فلا بأس بذلك»(۱).

و موثق سماعه: «سألته عن رجل كان له امرأتان فولدت كلّ واحده منهما غلاما فانطلقت إحدى امرأتيه فأرضعت جاريه من عرض النّاس أ ينبغى لابنه أن يتزوّج بهذه الجاريه فقال: لا لأنّها أرضعت بلبن الشيخ»(۲) و مفهومه أنّه لو أرضعت الجاريه بغير لبن أبيه و لو كانت المرضعه أمه الرضاعيه يجوز له التزوّج بها.

و صحيح البزنطىّ، عن أبى الحسن (عليه السلام): «سألته عن امرأه أرضعت جاريه و لزوجها ابن من غيرها أ تحلّ للغلام ابن زوجها أن يتزوّج الجاريه الّتى أرضعت، فقال: للّبن للفحل»(۳).

۱- وسائل الشيعه ۱۴: ۲۹۴ الباب ۶ من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث ۳
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۴۰ح۲
۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۴۰ح۴

نعم يكره للرضيعين من مرضعه واحده بلبن فحلين التزوج بينهما كما فى صحيح أبى بصير، عن الصّادق (عليه السلام) «فى رجل تزوّج امرأه فولدت منه جاريه ثمّ ماتت المرأه فتزوّج اخرى فولدت منه ولدا ثمّ إنّها أرضعت من لبنها غلاما، أ يحلّ لذلك الغلام الذى أرضعته أن يتزوّج ابنه المرأه الّتى كانت تحت الرّجل قبل المرأه الأخيره؟ فقال: ما أحبّ أن يتزوّج ابنه فحل قد رضع من لبنه»(۱).

و صحيح الحلبى «قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): أمّ ولد رجل أرضعت صبيّا و له ابنه من غيرها أ يحلّ لذلك الصبىّ هذه الابنه؟ فقال: ما أحبّ أن يتزوّج ابنه رجل قد رضع من لبن ولده»(۲).

هذا و قد يتوهم تعارضها مع خبر محمّد بن عبيده الهمدانىّ بدلالته على انتشار الحرمه بين الرضيعين من مرضعه واحده بلبن فحلين ففيه: «قال الرّضا (عليه السلام):ما يقول أصحابك فى الرضاع؟ قال: قلت: كانوا يقولون: اللّبن للفحل حتّى جاءتهم الرّوايه عنك أنّه يحرّم من الرّضاع ما يحرّم من النسب» فرجعوا إلى قولك قال: فقال لى: و ذلك أنّ أمير المؤمنين سألنى عنها البارحه فقال لى: اشرح لى اللّبن الذى للفحل و أنا أكره الكلام فقال لى كما أنت حتّى أسألك عنها ما قلت فى رجل كانت له أمّهات أولاد شتّى فأرضعت واحده منهنّ بلبنها غلاما غريبا أ ليس كلّ شى ء من ولد ذلك الرّجل من أمّهات الأولاد الشتّى محرّما على ذلك الغلام؟

ص:۲۷

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۴۰ح۵

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۴۱ح۶

قـال: قلت: بلى، قـال: فقـال أبو الحسن (عليه السـلام): فمـا بـال الرّضـاع يحرّم من قبـل الفحل و لا يحرّم من قبل الأمّهات، و إنّما الرّضاع من قبل الأمّهات، و إن كان لبن الفحل أيضا يحرّم»(۱).

و هو مضافـا الى ضـعفه بـابن عبيـده مضـطرب المتن و لم يتضـمّن شـيئا سوى كون اللّبن للفحـل و أنّ من كـان له أمّهات أولاد متعدّده فأرضعت واحده منهنّ غلاما يحرم جميع بنات الرّجل من المرضعه و غيرها على ذلك الغلام، و إنّما حصل خلط فى نقله فـأىّ ارتبـاط لقوله: «قـال فقـال أبو الحسن (عليه السـلام) » بقوله قبل: «ما قلت فى رجل- إلى- قلت: بلى» و أىّ تفريع هـذا و أىّ معنى لقوله «و إنّمـا الرّضـاع من قبـل الأمّهـات» فهـل قـال أحـد: إنّ الفحـل يرضع؟ و كيف عبّر (عليه السـلام) عن المأمون بأمير المؤمنين فى غير مخاطبته، و محمّد بن عبيده أو عبيد لم يكن عامّيا كما يشهد له قوله «فرجعوا إلى قولك» كى يتّقى منه، ثمّ أىّ معنى لقوله: «كـلّ شـى ء من ولـد ذلـك الفحـل» و كان عليه أن يقول «أ ليس كلّ واحـده من بنات ذلك الرّجل» , كما و انه لا يقوى على معارضه ما تقدم من الصحاح المتظافره.

و ممّـا ذكرنـا لـك يظهر ضـعف مـا قـاله الشـيخ: هـذا الخبر محمول على أنّ الرّضـاع من قبل الأمّ يحرم من ينسب إليها من جهه الولاده و إنّما لم يحرّم له من ينسب إليها بالرّضاع للأخبار الّتى قدّمناها و لو خلّينا و ظاهر قوله (عليه السلام) «يحرم من الرّضاع ما

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۴۱ح۷

یحرم من النسب» لکنّا نحرّم ذلک أیضا إلّا أنّا قد خصّصنا ذلک بالأخبار و ما عداه باق علی عمومه»(۱).

و الصحیح أن یقال: إنّ مرأه أرضعت ذکرا بلبن فحل و أنثی بلبن آخر یکون حاله حال من رضع أقلّ من عشره، فکما هو لا یقال: إنّه تخصیص من العمومات لکون شرط الرّضاع عشره کذلک اتّحاد الفحل بالنسبه إلی الرّضعتین فلیسا شرعا أخوه من طرف الأمّ بالرّضاع و کذلک لا نقول بتقیید قوله تعالی {وَ أَخَوٰاتُکُمْ مِنَ الرَّضٰاعَه} فلیس إخوه أصلا بعد عدم حصول الشّرط، و بالجمله الخبر مثل سوابقه و لواحقه فی کون الأصل لبن الفحل.

و یشهد لذلک ما تقدم فی صحیح برید العجلیّ، عن الباقر (علیه السلام) فی خبر «فقلت له: أ رأیت قول النّبیّ (صلی الله علیه و آله): یحرم من الرّضاع ما- یحرم من النسب فسّر لی ذلک، فقال: کلّ امرأه أرضعت من لبن فحلها ولد امرأه أخری من جاریه أو غلام فذلک الرّضاع الذی قال النّبیّ (صلی الله علیه و آله)، و کلّ امرأه أرضعت من لبن فحلین کانا لها واحدا بعد واحد من جاریه أو غلام فإنّ ذلک رضاع لیس بالرّضاع الذی قال النّبیّ (صلی الله علیه و آله): یحرم من الرّضاع ما یحرم من النسب»(۲) فخصّ أثر الرّضاع بما إذا کان من لبن فحل المرأه أی زوجها.

ص:۲۹

۱- التّهذیب بعد ح ۳۰ من أخبار باب ما یحرم من النّکاح من الرّضاع ج۷، ص۳۲۱

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۷۵

هذا بالنسبه إلى الرضيعين كلّ مع الآخر، و أمّا مع صاحب اللّبن فكلّ ممّن رضع من فحل يحرم بالنسبه إليه ولاده و رضاعا و كلاهما يحرم على المرأه، و ولدها النّسبيّ.

(و قال الطبرسی صاحب التفسير) مخالفا ذلک و قال: (يكون بينهم إخوه الأم و هی تحرم بالنسب) واختار انتشار الحرمه بين المرتضعين حتى مع عدم وحده الفحل(۱). و يرده ما تقدم مما عرفت.

۶- وحده المرضعه، فلو كانت لرجل واحد زوجتان اشتركتا فی ارضاع طفل واحد خمس عشره رضعه لم يكف ذلک لما تقدم من النصوص المعتبره.

۷- خلوص اللبن فلا يكفی إذا كان ممزوجا بغيره مما يسلبه اسم اللبن لان نشر الحرمه يتوقف على صدق عنوان ارتضاع اللبن، و مع المزج الموجب لسلب الاسم لا يصدق ذلک.

حصيله البحث:

يحرم بالرّضاع ما يحرم بالنّسب بشرط كونه عن نكاحٍ، و أن ينبت اللّحم أو يشدّ العظم أو يتمّ يوماً و ليلةً او عشر رضعات، و أن يكون المرتضع فی الحولين دون ولد المرضعه، نعم لا رضاع بعد فطام يعنی أنّ الولد إذا شرب لبن المرأه بعد ما تفطمه لا يحرّم ذلک الرّضاع التناكح كما ان الرضاع بعد الحولين قبل ان يفطم

۱- مجمع البيان ۲: ۲۸

محرّم ایضا , و أن یکون الارتضاع من الثدی بمصّ الصبیّ فلا- یکفی غیره کما لو وجر فی حلقه، او شرب اللبن المحلوب فلا ینشر, و ان لا- تفصل بین الرضعات برضاعٍ أخری نعم لا یضر مثل شرب الماء و الدواء بمقدار قلیل، و أن یکون اللّبن لفحلٍ واحدٍ، فلو أرضعت المرأه جماعهً بلبن فحلین لم یحرم بعضهم علی بعضٍ نعم یکره للرضیعین من مرضعه واحده بلبن فحلین التزوج بینهما , ومن الشرائط وحده المرضعه، فلو کانت لرجل واحد زوجتان اشترکتا فی ارضاع طفل واحد خمس عشره رضعه لم یکف ذلک و خلوص اللبن فلا یکفی إذا کان ممزوجا بغیره مما یسلبه اسم اللبن .

استحبابّ اختیار العاقله المسلمه العفیفه الوضیئه للرضاع

(و یستحبّ اختیار العاقله المسلمه العفیفه الوضیئه للرضاع، و یجوز استرضاع الذمیه عند الضروره، و یمنعها من أکل الخنزیر و شرب الخمر، و یکره تسلیم الولد إلیها لتحمله الی منزلها و المجوسیه أشد کراهه)

أمّا العاقله فیشهد له صحیح محمّد بن قیس، عن الباقر (علیه السلام)، عن النّبیّ (صلی الله علیه و آله): «لا تسترضعوا الحمقاء فإنّ اللّبن یعدی و إنّ الغلام ینزع إلی اللّبن- یعنی إلی الظئر فی الرّعونه و الحمق »(۱) و غیره.

ص:۳۱

۱- الکافی ج ۶، ص: ۴۳ح۸ و نزع إلیه: اشبهه. و الرعونه الحمق و الاسترخاء. (القاموس)

و أمّا المسلمه فاستدل لذلك بما فی صحیح سعید بن یسار، عن الصّادق (علیه السلام): «لا تسترضعوا للصبیّ، المجوسیّه و استرضع له الیهودیّه و النصرانیّه و لا یشربن الخمر و یمنعن من ذلک»(۱).

قلت: و دلالته کما تری فانه ساکت عن اختیار المسلمه وانما یدل علی کراهیه المجوسیّه و استحباب منع الیهودیّه و النصرانیّه من الخمر .

و فی صحیح الحلبیّ: «سألته عن رجل دفع ولده إلی ظئر یهودیّه أو نصرانیّه أو مجوسیّه ترضعه فی بیتها أو ترضعه فی بیته؟ قال: ترضعها لک الیهودیّه و النصرانیّه و تمنعها من شرب الخمر و ما لا یحلّ مثل لحم الخنزیر و لا یذهبنّ بولدک إلی بیوتهنّ- إلی- و المجوسیّه لا ترضع لک ولدک إلّا أن تضطرّ إلیها»(۲).

و أمّا العفیفه فکما فی صحیح علیّ بن جعفر، عن أخیه (علیه السلام): سألته عن امرأه ولدت من زنا هل یصلح أن یسترضع بلبنها، قال: لا یصلح و لا لبن ابنتها الّتی ولدت من الزّنا»(۳).

نعم ترتفع الکراهیه إذا جعل مولی الجاریه، الذی فجر بالجاریه فی حلّ کما فی صحیح محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام): لبن الیهودیّه و النصرانیّه و المجوسیّه

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۴۴ح۱۴
۲- الفقیه (فی خبره ۲۰ من رضاعه ۴۸ من أبواب نکاحه)
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۴۴ح۱۱

أحبّ إليّ من لبن ولد الزّنا و كان لا يرى بأسا بلبن ولد الزّنا إذا جعل مولى الجاريه، الذى فجر بالجاريه فى حلّ»(۱).

و صحيح هشام بن سالم، و جميل بن درّاج و سعيد بن أبى خلف، عن الصّادق (عليه السلام) «فى المرأه تكون لها الخادم قد فجرت فنحتاج إلى لبنها، قال: مرها فتحلّلها، بطيب اللّبن»(۲) و غيرهما.

و أمّا الوضيئه كما فى صحيح محمّد بن مروان، عن الباقر (عليه السلام): «استرضع لولدك بلبن الحسان و إيّاك و الصباح فإنّ اللّبن قد يعدى»(۳).

و صحيح زراره، عن الباقر (عليه السلام): «عليكم بالوضاء من الظؤره، فإنّ اللّبن يعدى»(۴).

كراهه أن يسترضع من ولادتها عن الزنا

(و يكره أن يسترضع من ولادتها عن الزنا)

كما فى صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): لبن اليهوديّه و النصرانيّه و المجوسيّه أحبّ إليّ من لبن ولد الزّنا»(۵).

ص:۳۳

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۴۳ح۵

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۴۳ح۷

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۴۳ح۱۲

۴- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۴۳ح۱۳والوضاءه: الحسن و النظافه. (القاموس)

۵- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۴۳ح۵

و المراد به من تكوّنها من الزّنا و لو لم يكن لبنها من الزّنا فإنّه يكره كما يكره اللّبن الحاصل من الزّنا كما تقدم فى صحيح علىّ بن جعفر، عن أخيه الكاظم (عليه السلام): «سألته عن امرأه ولدت من زنا هل يصلح أن يسترضع بلبنها؟ قال: لا يصلح و لا لبن ابنتها الّتى ولدت من الزّنا»(۱).

حصيله البحث:

يستحبّ اختيار العاقله العفيفه الوضيئه للرّضاع، و يجوز استرضاع اليهوديّه و النصرانيه و يمنعهما من أكل الخنزير و شرب الخمر، و يكره تسليم الولد إليها لتحمله إلى منزلها و المجوسيّه أشدّ كراههً إلّا أن يضطرّ إليها، و يكره أن يسترضع من ولادتها عن زنىً و لا ابنتها الّتى ولدت من الزّنا نعم ترتفع الكراهيه إذا جعل مولى الجاريه الذى فجر بالجاريه فى حلّ .

و إذا كملت الشرائط صارت المرضعه أمّا و الفحل أبا

(و إذا كملت الشرائط)

يعنى إذا ارضعت امرأه ولد غيرها- ضمن الشروط المتقدمه- ترتبت على ذلك حرمه النكاح فى الجمله و بالشكل التالى:

ص:۳۴

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۴۴ح ۱۱

۱- (صارت المرضعه أمّا و الفحل أبا و إخوتهما أعماما و أخوالا و أولادهما اخوه و آبائهما أجدادا)

و هكذا تصير المرضعه جده لأبناء الرضيع و صاحب اللبن جدا لأبناء الرضيع وذلك لان الآيه الكريمه و ان كانت خاصه بالامهات و الاخوات الّا ان ذلك لا يقتضى قصر الحرمه عليهما بعد استفاده عموم التنزيل من الروايات المتقدمه.

و الضابط الكلى: ان كل عنوان نسبى من العناوين السبعه المتقدمه إذا حصل مثله فى الرضاع يكون موجبا للتحريم كالحاصل بالولاده، و اما إذا لم يحصل بسببه أحد تلك العناوين فلا يكون موجبا لانتشار التحريم- الا فى الاستثناء الآتى- و ان حصل بسببه عنوان خاص لو كان حاصلا بالولاده لكان ملازما مع أحد تلك العناوين، كما لو ارضعت امرأه أحد اخوين فانها تحرم عليه لصيرورتها اما له و لا تحرم على الاخ الآخر لأنها تصير بالرضاع أم اخيه، و هى ليست من المحرمات بعنوانها فى باب النسب و انما تحرم فيه لكونها إما امّا نسبيه أو زوجه الأب. بدليل أن ذلك هو المستفاد من قوله (صلى الله عليه و آله): «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، فان ظاهره النظر إلى العناوين الثابت تحريمها فى الشريعه، و ليست هى الّا السبعه دون ما يلازمها.

ثم انه مع التنزل و فرض اجمال دليل التنزيل من هذه الناحيه و احتمال اراده عموم المنزله منه يلزم الرجوع إلى الأصل المستفاد من قوله تعالى: {وَ أُحِلَّ لَكُمْ مّٰا وَرٰاءَ

ذٰلِكَم}(۱) کما تقتضیه القاعده فی مورد تردد المخصص المنفصل بین الاقل و الاکثر، و النتیجه واحده علی کلا التقدیرین.

و دعوی استفاده عموم المنزله من دلیل التنزیل بدعوی ظهور الأحادیث فی افاده عموم المنزله، و اخری إلی ان حرمه زواج ابی المرتضع بأولاد المرضعه بنکته «ان ولدها صارت بمنزله ولدک»، کما دلت علیه صحیحه أیوب بن نوح وهی لا تتم الّا بناء علی عموم المنزله(۲).

ففیه: اما الاول فلما تقدم من عدم ظهور الاخبار بذلک.

و اما الثانی فلان ثبوت حرمه الزواج فی المورد المذکور و تنزیل اولاد المرضعه منزله اولاد ابی المرتضع لا یدل علی اراده عموم المنزله من مثل قوله (صلی الله علیه و آله): «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»، بل القدر المتیقن منه انه الحاق فی الحکم دلّ علیه هذا الدلیل الخاص لا انه الحاق فی الموضوع.

ثم ان الثمره فی هذا الخلاف کبیره، فعلی الرأی الاول تنحصر دائره انتشار الحرمه بالمرتضع و فروعه من جهه و المرضعه و صاحب اللبن و اصولهما و فروعهما و من کان فی طبقتهما من جهه اخری، و لا یتعدی الی ما سوی ذلک لان العناوین السبعه لا تتحقق الا فیما ذکر، بخلافه بناء علی عموم المنزله، فان

۱- النساء: ۲۴

۲- الحدائق الناضره ۲۳: ۳۸۶- ۳۸۷

الحرمه تتعدى إلى اصول المرتضع و من كان فى طبقته من جهه و المرضعه و صاحب اللبن و اصولهما و فروعهما و من كان فى طبقتهما من جهه اخرى.

۲- (فلا ينكح أبو المرتضع فى أولاد صاحب اللبن ولاده و رضاعا و كذا فى أولاد المرضعه ولاده) لا رضاعا.

اقول: تفريع عدم جواز نكاح أبى المرتضع فى أولادهما على صيروره المرضعه أمّاً و الفحل أباً فى غير محلّه بل هما استثناءان من الضابط الكلى المتقدم وهو انه تحرم على ابى الرضيع بنات المرضعه النسبيات دون الرضاعيات , و تحرم أيضا بنات صاحب اللبن النسبيات و الرضاعيات.

اما انه تحرم على ابى المرتضع بنات المرضعه بالرغم من عدم اقتضاء القاعده لذلك- حيث لا يصرن بالاضافه إليه الّا اخوات لولده، و اخت الولد ليست من المحرمات بعنوانها فى باب النسب و انما تحرم اما لكونها بنتا أو ربيبه- فلصحيحه ايوب بن نوح: «كتب على بن شعيب إلى ابى الحسن (عليه السلام): امرأه ارضعت بعض ولدى هل يجوز لى ان اتزوج بعض ولدها؟ فكتب (عليه السلام): لا يجوز ذلك لك لان ولدها صارت بمنزله ولدك»(۱).

۱- وسائل الشيعه ۱۴: ۳۰۶ الباب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث ۱ عن الفقيه و رواه التّهذيب فى ۳۲ من أخبار باب ما يحرم من النكاح من رضاعه. و إسناده محمّد بن أحمد بن يحيى، عن عبد اللّه بن جعفر، عن أيّوب، لكنّ الظاهر وهمه، فإنّما يروى عن عبد اللّه بن جعفر، محمّد بن يحيى «كما فى الكافى فى روايته لصحيح عبد اللّه بن جعفر آخر باب نوادر من الرّضاع، ۹۱ منه» و حملنا أبا الحسن (عليه السلام) فى الأخير على الكاظم (عليه السلام) لأنّ علىّ بن شعيب روى عن الصّادق (عليه السلام) فى فضل زياره أمير المؤمنين (عليه السلام) فى التّهذيب فلا بدّ أنّ أبا الحسن فى خبره هذا هو (عليه السلام) و محمّد بن أحمد بن يحيى أقدم من عبد اللّه بن جعفر فالمشيخه يروى عن عبد اللّه بن جعفر، عن أبيه، عنه و يروى، عن محمّد بن أحمد بن يحيى، عن أبيه، عن محمّد بن يحيى عنه.

و اما قصر الحكم على بنات المرضعه من النسب دون الرضاع فلظهور كلمه «الولد» فى صحيحه ابن نوح فى ذلك، و مثلها صحيحه علىّ بن مهزيار قال: «سأل عيسى بن جعفر بن عيسى أبا جعفر الثانى: أنّ امرأه أرضعت لى صبيّا فهل يحلّ لى أن أتزوّج ابنه زوجها؟ فقال لى: ما أجود ما سألت من ههنا يؤتى أن يقول النّاس حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل هذا هو لبن الفحل لا غيره، فقلت له: إنّ الجاريه ليست ابنه المرأه الّتى أرضعت لى هى ابنه غيرها فقال: لو كنّ عشرا متفرّقات ما حلّ لك منهنّ شى ء و كنّ فى موضع بناتك»(۱).

و صحيح عبد اللّه بن جعفر قال: كتبت إلى أبى محمّد (عليه السلام) امرأه أرضعت ولد الرّجل هل يحلّ لذلك الرّجل أن يتزوّج ابنه هذه المرضعه أم لا؟ فوقّع (عليه السلام): لا تحلّ له»(۲), و فى غيره يتمسك باصاله الحل المستفاده من قوله تعالى: {وَ أُحِلَّ لَكُمْ مٰا وَرٰاءَ ذٰلِكُم} .

۱- الكافى (روى فى ۸ من أخبار باب صفه لبن الفحل، ۸۹ من نكاحه)

۲- الكافى (فى آخر باب نوادر من الرّضاع، ۹۱ منه)

و صحیح برید العجلی عن الباقر (علیه السلام): «سألته عن قوله تعالی {و هُوَ الَّذِی خَلَقَ مِنَ الْمٰاءِ بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً وَ صِهْراً} فقال: إنّ اللّه خلق آدم من الماء العذب و خلق زوجته من سنخه فبرأها من أسفل أضلاعه فجری بذلک الضلع سبب و نسب، ثمّ زوّجها إیّاه فجری بسبب ذلک بینهما صهر و ذلک قوله تعالی «نَسَباً وَ صِهْراً» فالنسب یا أخا بنی عجل ما کان بسبب الرّجال و الصهر ما کان بسبب النّساء، فقلت: أ رأیت قول رسول اللّه (صلی الله علیه و آله): «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» فسّر لی ذلک، فقال: کلّ امرأه أرضعت من لبن فحلها ولد امرأه أخری من جاریه أو غلام فذلک الرّضاع الذی قال رسول اللّه (صلی الله علیه و آله)، و کلّ امرأه أرضعت من لبن فحلین کانالها واحدا بعد واحد من جاریه أو غلام فإنّ ذلک رضاع لیس بالرّضاع الذی قال رسول اللّه (صلی الله علیه و آله): «یحرم من الرّضاع ما یحرم من النسب» و إنّما هو من نسب ناحیه الصهر رضاع و لا یحرّم شیئا و لیس هو نسب رضاع من ناحیه لبن الفحوله فیحرّم»(۱) فقوله (علیه السلام) « إنّما هو من نسب ناحیه الصهر رضاع و لا یحرّم شیئا » صریح فی ذکرنا.

و بالجمله فهذه صحاح اربعه عن الباقر والکاظم و الجواد و العسکریّ علیهم السّلام فی ذلک و مورد الثانیه والثالثه عدم جواز تزوّج أبی المرتضع ببنات المرضعه نسبا و مورد الأوّل عدم جواز تزوّجه ببنت صاحب اللّبن ولا شمول لها لبنات المرضعه من الرضاع، و ظاهر الکافی و الفقیه عملهما بها لروایتهما لها بدون طعن .

ص:۳۹

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۴۲ح۹

خلافا للشيخ فى نهايته فقال «وكذلك يحرم جميع إخوه المرتضع على هذا البعل و على جميع أولاده من جهه الولاده و الرّضاع، و لا يحرّم على الصبىّ من ينتسب إلى امّه المرضعه من جهه الرّضاع- إلخ»(۱) و تبعه ابن حمزه فقال: «و يحرّم أولاد الفحل على أبى الصبىّ و إخوته المنتسبه إلى أبيه نسبا و رضاعا، و يحرّم أولاد والد الصبىّ على الفحل و أولاده نسبا- إلخ».

و فيه: ان الأخبار المتقدّمه إنّما تدلّ على الحرمه للأب نسبا و رضاعا و للأم نسبا.

و كذلك يظهر ضعف ما زاده من حرمه إخوه المرتضع على أولاد البعل نسبا و رضاعا، و فى أوّل «خلافه» أيضا صرّح بحرمه أخت المرتضع على الفحل و أولاده نسبا و رضاعا و استدلّ بالاجماع وبقوله (صلى الله عليه و آله): «يحرم من الرّضاع ما يحرم من النسب» بأنّه كما لا يجوز نكاح أخت ابنه النسبىّ كذلك الرّضاعى.

و هو كما ترى فإنّ أخت الابن ليس عنوانا فى النسب و إنّما حرمتها إمّا لأنّها بنت الإنسان أو بنت زوجته و أىّ إجماع فلم نقف قبله على فتوى.

هذا و ذهب فى المبسوط إلى جواز نكاح أب المرتضع أولاد صاحب اللّبن و المرضعه، و تبعه القاضى فقال الأوّل بعد إفتائه بأنّ بعد حصول الشرائط ينتشر الحرمه من الرّضيع إلى الأبوين و منها إليه: «فأمّا من جهه الرّضيع إليها فإنّما يتعلّق به وحده و بنسله دون غيره ممّن هو فى درجته من إخوته و أخواته أو أعلى منه

ص:۴۰

۱- النهايه فى مجرد الفقه و الفتاوى؛ ص: ۴۶

من أمّهاته و جـدّاته و أخواله و خالاته، أو آبائه و أجـداده و أعمامه و عمّاته، فالحكم فى من عداه و عدا ما يتناسل منه بمنزله ما لم يكن هناك رضاع، فيحلّ للفحل نكاح أخت هـذا المولود و نكاح أمّهاته و جـدّاته، و إن كان لهـذا المولود المرتضع أخ حلّ له نكاح هـذه المرضـعه و نكاح أمّهاتها و أخواتها لأنّه لا رضاع هناك. و روى أصـحابنا أنّ جميع أولاد هـذه المرضـعه و جميع أولاـد الفحـل يحرمون على هـذا المرتضع و على أبيه و جميع إخوته و أخواته و أنّهم صاروا بمنزله الإخوه و الأخوات، و خالف جميعهم فى ذلك».

اقـول: و فيه مـا تقـدم, كمـا و ان مـا قـاله «و روى أصـحابنا- إلـخ» أنّ روايـاتهم كمـا عرفت أنّ أولاـد الفحـل يحرمون على أب المرتضع كما يحرمون على المرتضع نفسه دون إخوته و أخواته.

و قال الثاني: «و كذلك يتزوّج الرّجل بنات المرأه الّتى أرضـعت ولده و بناتهنّ أيضا لأنّهنّ لم يرضعن ابنه و لا بينه و بينهنّ قرابه من إرضاع و غيره و إنّما يحرم نكاحهنّ على المرتضع».

هـذا و لم يـذكره الصّـدوق فى مقنعه و هدايته، و لا نقل عن أبيه كما لم ينقل عن العمانىّ و الإسـكافى و المرتضـى و لم يذكره المفيد و الدّيلمىّ و الحلبىّ و ابن زهره.

نعم هو المفهوم من الحلىّ حيث قال فى جمله كلامه: «و الحرمه الّتى انتشـرت منهما إليه وقفت عليه و على نسـله دون من هو فى طبقته من إخوانه و أخواته أو

أعلى منه من آبـائه و أمّهـاته فيجوز للفحـل أن يتزوّج بأمّ هـذا المرتضع و بأخته و بجـدّته و يجوز لوالـد هـذا المرتضع أن يتزوّج بالّتى أرضـعته لأنّه لا نسب بينهما و لا رضاع- إلى- ما قاله كلام المبسوط و أنكر منه نكاح الفحل بأخت المرتضع و جدّته، قال: لأنّا فى النسب لا نجوّز أن يتزوّج الإنسان بأخت ابنه و لا بأمّ امرأته».

قلت: أمّا ما قاله فى أخت المرتضع فقـد عرفت الجواب عنه فى قول الخلاف به، و أمّا ما قاله فى جـدّته و هو زياده منه، فيقال له: أين أمّ امرأته، فأمّ المرتضع امرأه أبيه النسبىّ لا امرأه أبيه الرّضاعىّ، و إنّما لا يصـحّ نكاح أمّ المرأه بأنّه إذا تزوّج امرأه يحرم عليه أمّهـا رضاعا كما يحرم عليه أمّها نسـبا لا ما قال، و بالجمله كلامه ليس بصـحيح، و كيف كان فهو تبع «الخلاف» فى حرمه أخت المرتضع على الفحل، و فى غيرها تبع المبسوط .

و امـا نسـبه الجـواهر إليه و إلى الخلاـف من حرمه نكـاح أب المرتضع فوهم، نعم افـتى بـذلك ابن حمزه فقـال «و يجوز للفحل التزوّج بأمّ الصبىّ و جدّاته و لوالد الصبىّ التزوّج بالمرضعه و بأمّها و بجدّاتها».

و بـالجمله الأخبار الثلاثه و إن كانت صـحيحه إلّا أنّها خارجه عن قاعـده «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» كما عرفت و لم يعمل بها أكثر القدماء سوى ما تقدم من ظاهر الكافى و الفقيه، و من عمل بها من النهايه و ابن حمزه، و المبسوط صـرّح بخلاف ما فيها، و الخلاف أيضا لم يعمل بها، و الاقوى هو الاقتصار على موردها.

(و كذا رضاعا على قول الطبرسى)

و يردّه أنّ مورد حرمه ولد المرضعه فى صحيح عبد اللّه بن جعفر و صحيح أيّوب بن نوح المتقدّمين ولدها النبسىّ بخلاف الفحل لدلاله الأخبار على أنّ اللّبن للفحل.

ان قلت: لم لا نتمسک باطلاق دليل تنزيل الرضاع منزله النسب لإثبات تنزيل بنات المرضعه رضاعا منزله بناتها نسبا فيحرم الجميع على ابى المرتضع.

قلت: المفروض فى المقام كون بنات المرضعه بنات رضاعيه لها من لبن فحل آخر غير الذى ارتضع الرضيع من لبنه, و إلّا حرمن أيضا كما تأتى الاشاره إليه, و شرط التنزيل و تحقق الاخوه الرضاعيه بين المرتضعين و من ثمّ الحرمه هو وحده الفحل كما يأتى . و اذا لم تكن حرمه بينهما فلا تسرى الحرمه الى ابى المرتضع، فان الروايه سؤالا و جوابا ناظره الى اولاد المرضعه الذين يحرمون على المرتضع و ان مثل هؤلاء الاولاد هل يحرمون على ابى المرتضع بعد ما حرموا على ابنه؟ و اما اولادها الذين لا يحرمون على المرتضع فعدم حرمتهم على ابى المرتضع مما لا تأمل فيه و لا يخطر ببال السائل السؤا ل عن حكمهم بالاضافه اليه و هم خارجون عن مفروض الروايه و داخلون فى عمومات الحل.

و اما انه يحرم على ابى المرتضع بنات صاحب اللبن و هو ما يعبر عنه فى لسان الفقهاء بجمله: لا ينكح ابو المرتضع فى أولاد صاحب اللبن نسبا و رضاعا- بالرغم من عدم اقتضاء القاعده لذلک كما تقدم بيانه فلصحيحه على بن مهزيار:

«سأل عیسی بن جعفر بن عیسی أبا جعفر الثانی (علیه السلام): ان امرأه ارضعت لی صبیا فهل یحل لی ان اتزوج ابنه زوجها؟ فقال لی: ما اجود ما سألت، من هاهنا یؤتی ان یقول الناس: حرمت علیه امرأته، من قبل لبن الفحل، هذا هو لبن الفحل لا غیره»(۱) فقلت له: «الجاریه لیست ابنه المرأه التی ارضعت لی هی ابنه غیرها فقال: «لو کنّ عشرا متفرقات ما حلّ لک شیء منهن و کنّ فی موضع بناتک»(۲).

و اما التعمیم لبنات صاحب اللبن من الرضاع أیضا فلفرض وحده الفحل هنا فیقوم الرضاع مقام النسب.

۳- یحرم الرضیع علی أولاد صاحب اللبن ولاده و رضاعا و علی أولاد المرضعه ولاده لا رضاعا.

اما حرمه الرضیع علی بنات صاحب اللبن ولاده أو رضاعا فلأنهن اخوات من الاب و الام او من الاب فقط، و الاخوات هن من العناوین المحرّمه بالنسب فتحرم فی الرضاع أیضا.

۱- ای من هاهنا یأتی الجهل علی الناس حیث یقولون: ان لبن الفحل یحرّم زوجه الفحل علیه، و لکنه اشتباه، فان لبن الفحل لا یوجب ذلک بل یوجب ما ذکرت و هو حرمه بنت صاحب اللبن علی ابی المرتضع. هکذا فسّر فی الوافی ۲۱: ۲۴۷ العباره المذکوره. و فسّرها الحرّ فی هامش وسائله بشکل آخر فراجع. و الأمر سهل بعد عدم توقف الاستدلال بالصحیحه علی فهم المراد من الجمله المذکوره.

۲- وسائل الشیعه ۱۴: ۲۹۶ الباب ۶ من أبواب ما یحرم بالرضاع الحدیث ۱۰

و اما حرمه من ينتسب إلى المرضعه بالبنوه ولاده فلكونهم اخوه من الام فيحرمون.

و اما عدم حرمه من ينتسب إلى المرضعه بالبنوه رضاعا فلعدم اتحاد الفحل الذى هو شرط فى انتشار الحرمه.

جواز ان ينكح اخوه المرتضع نسبا فى اخوته رضاعا

۴- (و ينكح اخوه المرتضع نسبا فى اخوته رضاعا و قيل: بالمنع)

و بعباره اخرى وقع الخلاف فى جواز زواج اولاد ابى المرتضع الذين لم يرتضعوا من اللبن بأولاد المرضعه نسبا و اولاد الفحل مطلقا.

فقد اختار الشيخ فى الخلاف و النهايه عدم جوازه و تبعه ابن حمزه، بتقريب ان التعليل فى صحيحه ابن مهزيار المتقدمه يدل على تنزيل بنات صاحب اللبن منزله بنات ابى المرتضع، و هكذا التعليل فى صحيحه ايوب بن نوح يدل على تنزيل بنات المرضعه منزله بنات ابى المرتضع، و لازم ذلك صيروره اولاد ابى المرتضع اخوه لبنات صاحب اللبن و لبنات المرضعه، و معه لا يجوز لهم الزواج بهنّ(۱).

۱- الحدائق الناضره ۲۳: ۳۹۹

و فيه: ان التنزيل فى الصحيحتين قد ثبت بلحاظ ابى المرتضع فقط، و ذلك لا يستلزم اخوه بنات صاحب اللبن و بنات المرضعه لأولاد ابى المرتضع، إذ التعبد يتحدّد بدائرته و لا يسرى إلى غيرها بعد ما لم تكن الملازمه شرعيه.

و عليه فالصحيح هو الحكم بالجواز تمسكا بعموم قوله تعالى: {وَ أُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذٰلِكُم}(١).

و اما قول الشيخ فى المبسوط: «و روى أصحابنا أنّ جميع أولاد هذه المرضعه و جميع أولاد الفحل يحرمون على هذا المرتضع و على أبيه و جميع إخوته و أخواته و أنّهم صاروا بمنزله الإخوه و الأخوات» فالمسلّم من الحرمه هو أب المرتضع كما تقدم و الذى فى صحيح علىّ بن مهزيار وصحيح أيّوب بن نوح أنّ ولد صاحب اللّبن و المرضعه صاروا بمنزله ولد أب المرتضع، و ليس لنا خبر أنّهم بمنزله الإخوه و الأخوات لإخوته.

ولو لحق الرضاع العقد حرم كالسابق

۵- (و لو لحق الرضاع العقد حرم كالسابق)

لا فرق فى انتشار الحرمه بالرضاع بين كونه سابقا على العقد أو لاحقا له، فمن كانت له زوجه صغيره و أرضعتها زوجته الكبيره او بنته حرمت عليه لصيرورتها بنتا له، و كذا لو أرضعت طفلا أمُ امّه أو ضرّتها أو أمّ ولد بعلها حرمت أمّ الطفل

١- النساء: ٢۴

على أبيه، و هكذا فى بقيه الأمثله. وذلك لإطلاق ما دلّ على تنزيل الرضاع منزله النسب بلا حاجه إلى نص خاص ولصحيحه محمد بن مسلم عن ابى جعفر (عليه السلام): «لو ان رجلا تزوج جاريه رضيعه فارضعتها امرأته فسد النكاح»(١).

و صحيح الحلبىّ، عن الصّادق (عليه السلام): «لو أنّ رجلا تزوّج جاريه رضيعا فأرضعتها امرأته فسد نكاحه»(٢).

و لا تقبل الشهاده به الّا مفصله

(و لا تقبل الشهاده به الّا مفصله)

فلا- تكفى الشهاده بحصول الرضاع المحرم مطلقا للاختلاف فى شرائطه كيفيه و كميه فجاز أن يكون مذهب الشاهد مخالفا لمذهب الحاكم فيشهد بتحريم ما لا يحرمه ولصحيح الحلبىّ، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن امرأه تزعم أنّها أرضعت المرأه و الغلام ثمّ تنكر؟ قال: تصدّق إذا أنكرت، قلت: فإنّها قالت و ادّعت بعد بأنّى قد أرضعتهما، قال: لا تصدّق و لا تنعّم»(٣) و غيره من الاخبار. و«لا تنعّم» اى لا يقال له: نعم. قال المطرزى: تنعّم الرجل اى قال له: نعم.

ص:۴۷

١- وسائل الشيعه ۱۴: ۳۰۲ الباب ۱۰ من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث ۱

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۴۴ح۴

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۴۵ح۹

نعم لو علم موافقه رأى الشاهد لرأى الحاكم فى جميع الشرائط فالمتجه الاكتفاء بالإطلاق بدليل عموم حجيه البينه , وكذلك لو كان الشاهد ثقه وعلم المشهود له موافقه رأى الشاهد لرأيه كفى لحجيه خبر الثقه فى الموضوعات .

حصيله البحث:

و إذا كمل الشّرائط صارت المرضعه أمّا و الفحل أبا و إخوتهما أعماما و أخوالًا و أولادهما إخوةً و آباؤهما أجدادا و هكذا تصير المرضعه جده لأبناء الرضيع و صاحب اللبن جدا لأبناء الرضيع، فلا ينكح أبو المرتضع فى أولاد صاحب اللّبن ولادةً و رضاعاً و كذا لا ينكح فى أولاد المرضعه ولادةً لا رضاعا, و ينكح إخوه المرتضع نسباً فى إخوته رضاعاً , و لو لحق الرّضاع العقد حرّم كالسّابق و لا تقبل الشّهاده به إلّا مفصّلةً .

محرمات المصاهره

(و تحرم بالمصاهره)

و هى علاقه تحدث بين الزوجين و أقرباء كل منهما بسبب النكاح توجب الحرمه.

(زوجه كل من الأب فصاعدا و الابن فنازلا على الأخر)

تحرم زوجه كل من الاب و ان علا و الابن و ان نزل على الاخر بمجرد العقد و لو منقطعا، و من دون فرق بين كون الابوه و البنوه بالنسب أو بالرضاع, و هى من

ضروریات الـدین. و قـد دلّ علیها قوله تعالی: {وَ لاٰ تَنْکِحُوا مٰا نَکَحَ آبٰاؤُکُمْ مِنَ النِّسٰاءِ}(۱) واطلاقه یشـمل زوجه الأب و زوجه الجدّ و إن علاـ للأـب، و زوجه الجـدّ و إن علا للأمّ، دخل الأب و من فی حکمه بها أم لا، کما أنّ قوله تعالی {وحَلاٰئِلُ أَبْنٰائِکُمُ الَّذِینَ مِنْ أَصْلاٰبِکُم}(۲) واطلاقه یشمل الابن و ابن الابن و ابن البنت.

و اما الاخبار فهی فی ذلک مستفیضه ففی صـحیح محمـد بن مسـلم عن احدهما علیهما السّـلام: «لو لم تحرم علی الناس أزواج النبی (صـلی الله علیه و آله) لقول اللّه عز و جـل: {وَ مٰا کٰانَ لَکُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللّهِ وَ لاٰ أَنْ تَنْکِحُوا أَزْوٰاجَهُ مِنْ بَعْـدِهِ أَبَـداً ...} حرمن علی الحسن و الحسین بقول اللّه عز و جل: {وَ لاٰ تَنْکِحُوا مٰا نَکَحَ آبٰاؤُکُمْ مِنَ النِّسٰاءِ ...} و لا یصلح للرجل أن ینکح امرأه جده»(۳)

و أمّا ما فی صـحیح یونس بن یعقوب «قلت لأبی إبراهیم (علیه السـلام): رجل تزوّج امرأه فمات قبل أن یـدخل بها أ تحلّ لابنه؟ فقال: إنّهم یکرهونه لأنّه ملک العقده»(۴) فمضافا لاجمال قوله « إنّهم یکرهونه » المراد بالکراهه الحرمه والا کان مخالفاً للکتاب والسنه.

۱- النساء: ۲۲

۲- النساء: ۲۲

۳- وسائل الشیعه ۱۴: ۳۱۳ الباب ۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهره الحدیث ۱

۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۸۱ح۲۷

و اما کفایه مجرد العقد و لو من دون دخول أو مع افتراض کونه منقطعا فلإطلاق ما تقدم.

و اما التعمیم للرضاع فلقول رسول اللّه (صلی الله علیه و آله): «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»(۱) بلا فرق بین ان یکون سابقا ام لاحقا کما تقدم مفصلا.

فلو کانت امرأه حاملا و طلّقها زوجها قبل وضعها و تزوّجها آخر بعد الوضع و کان لمن تزوّجها زوجه رضیعه فأرضعتها الکبیره ذات اللّبن من فحلها الأوّل فلا وجه لتحریم الصغیره لعدم صیرورتها بنت الزّوج بعد عدم کون اللّبن منه، و مقتضی ما تقدم من ان ابا المرتضع لا ینکح أبو المرتضع فی أولاد المرضعه نسبا لا رضاعا هو عدم صیرورهاالکبیره محرّمه کما تقدم ویدل علیه صریحا صحیح برید العجلیّ المتقدم «...فإنّ ذلک رضاع لیس بالرّضاع الذی قال رسول اللّه (صلی الله علیه و آله): «یحرم من الرّضاع ما یحرم من النسب» و إنّما هو من نسب ناحیه الصهر رضاع و لا یحرّم شیئا و لیس هو نسب رضاع من ناحیه لبن الفحوله فیحرّم»(۲) فقوله (علیه السلام) « إنّما هو من نسب ناحیه الصهر رضاع و لا یحرّم شیئا » صریح فی ذکرنا.

و بما شرحنا من ان مورد الأخبار المتقدّمه کلّها حرمه ام الزوجه اذا کان اللّبن من زوجها تعرف ضعف ما قاله الشیخ فی الخلاف مع ما ذکر من تفریعات: «إذا

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۲۸۰ الباب ۱ من أبواب ما یحرم بالرضاع الحدیث ۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۴۲ح۹

كانت له زوجه كبيره لها لبن من غيره و له ثلاث زوجات صغار دون الحولين فأرضعت منهنّ واحده بعد واحده فإذا رضعت الأولى الرّضاع المحرّم انفسخ نكاحها و نكاح الكبيره فإذا أرضعت الثانيه فإن كان قد دخل بالكبيره انفسخ نكاح الثانيه و إن لم يكن دخل بها فنكاحها بحاله لأنّها بنت من لم يدخل بها فإذا أرضعت بعد ذلك الثالثه صارت الثالثه أخت الثانيه من رضاع فانفسخ نكاحها و نكاح الثانيه، و به قال أبو حنيفه و الشافعى فى القديم و إليه ذهب المزنىّ و اختاره أبو العبّاس و أبو حامد و قال فى «الأمّ» ينفسخ نكاح الثالثه وحدها لأنّ نكاح الثانيه كان صحيحا بحاله، و إنّما تمّ الجمع بينهما و بين الثالثه بفعل الثالثه فوجب أن ينفسخ نكاحها، دليلنا قوله (عليه السلام) «يحرم من الرّضاع ما يحرم من النسب» و هذه أخت زوجته من أمّها من جهه الرضاع فوجب أن تحرم»(۱).

و يؤيد ما تقدم من حرمه ام الزوجه لو ارتضعت الزوجه الصغيره من لبنه , مرسل علىّ بن مهزيار عن أبى جعفر (عليه السلام) «قال: قيل له:إنّ رجلا تزوّج بجاريه صغيره فأرضعتها امرأته، ثمّ أرضعتها امرأه له أخرى، فقال ابن شبرمه: حرمت عليه الجاريه و امرأتاه، فقال أبو جعفر (عليه السلام): أخطأ ابن شبرمه حرمت عليه الجاريه و امرأته الّتى أرضعتها أوّلا، فأمّا الأخيره فلم تحرم عليه كأنّها أرضعت ابنتها»(۲) و حول فقه هذا الحديث قال الشيخ: «إنّ الصغيره صارت بنته و الأولى أمّ زوجته، و

۱- الخلاف المسئله ۱۸ من باب الرضاع

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۴۶ح۱۳

أمّا الثانيه فإنّها أمّ بنته و لا ضير فيه»(۱) و قلنا بارساله لان المراد من ابى جعفر هو الامام الباقر (عليه السلام) و ذلك لان ابن شبرمه كان فى زمانه (عليه السلام) .

و اما قول ابن ادريس بأنّه «لو أرضعتها الثانيه انفسخ نكاحها لأنّها أمّ من كانت زوجته و قد حرّم اللّه تعالى أمّهات النساء» فباطل لأنّه تعالى قال: {وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُم} و لم يقل «أمّهات من كانت من نسائكم» و لعلّه توهّمه من أنّه إن ماتت زوجته أو طلّقها يكون تحريم أمّها باقيا.

و فيه: ان تحريمها كان بسبب كونها أمّ زوجته حين زواجه ببنتها، و لا أثر لبقاء الزّوجيّه و عدمها.

(و أم الموطوءه)

اقول: أما حرمه أمّ الموطوءه و ابنتها و لو من الحرام فخلافيّ، فذهب الشّيخ و الحلبيّ و القاضي و ابن حمزه و ابن زهره إلى حرمتهما، و الحرمه هى ظاهر الكافى فروى صحيح «محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السّلام: سئل عن الرّجل يفجر بالمرأه أ يتزوّج ابنتها؟ قال: لا، و لكن إن كانت عنده امرأه ثمّ فجر بأمّها أو ابنتها أو أختها لم تحرم عليه امرأته إنّ الحرام لا يفسد الحلال»(۲).

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۹
۲- الكافى باب الرّجل يفجر بالمرأه فيتزوّج أمّها أو ابنتها أو يفجر بأمّ امرأته أو ابنتها

و صحيح العيص بن القاسم قال: سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن رجل باشر امرأه و قبّل غير أنّه لم يفض إليها ثمّ تزوّج ابنتها، قال: إذا لم يكن أفضى إلى الأمّ فلا بأس و إن كان أفضى إليها فلا يتزوّج ابنتها».

و صحيح منصور بن حازم، عن الصّادق (عليه السلام) فى رجل كان بينه و بين امرأه فجور فهل يتزوّج ابنتها؟ فقال: إن كان من قبله أو شبهها فليتزوّج ابنتها، و إن كان جماعا فلا يتزوّج ابنتها و ليتزوّجها هى إن شاء».

و صحيح «محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السّلام: سألته عن رجل فجر بامرأه أ يتزوّج أمّها من الرضاعه أو ابنتها؟ قال: لا».

و صحيح «يزيد الكناسىّ: أنّ رجلا من أصحابنا تزوّج امرأه فقال لى: أحبّ أن تسأل أبا عبد اللّه (عليه السلام) و تقول له: إنّ رجلا من أصحابنا تزوّج امرأه قد زعم أنّه كان يلاعب أمّها و يقبّلها من غير أن يكون أفضى إليها، قال:فسألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) فقال لى: كذب، مره فليفارقها، قال: فرجعت من سفرى فأخبرت الرّجل بما قال أبو عبد اللّه (عليه السلام)، فو اللّه ما دفع ذلك عن نفسه و خلّى سبيلها».

و صحيح محمّد بن مسلم: «سأل رجل أبا عبد اللّه (عليه السلام) - و أنا جالس- عن رجل نال من خالته فى شبابه ثمّ ارتدع أ يتزوّج ابنتها؟ فقال: لا، قلت:إنّه لم يكن أفضى إليها إنّما كان شى ء دون شى ء، فقال: لا يصدّق و لا كرامه» وروى غيره غيرها.

و مورد الجميع نكاح البنت لكن لا قائل بالفرق بينها و بين الأمّ.

و ذهب الصدوق فی المقنع و المفید و المرتضی و الدّیلمیّ و الحلیّ إلی العدم، وهو الظاهر من الفقیه حیث روی خبر زراره، عن الباقر (علیه السلام) - فی خبر- و قال: «لا بأس إذا زنی رجل بامرأه أن یتزوّج بها بعد و ضرب مثل ذلک مثل رجل سرق من تمر نخله، ثمّ اشتراها بعد، و لا- بأس أن یتزوّجها بعد أمّها و ابنتها و أختها»(۱) والمراد من ذیله لا- باس...هو عدم الباس بالتزوج بالمرأه بعد الزنا بامها او ابنتها اواختها کما هو واضح.

و یدل علی هذا القول صحیح هاشم بن المثنّی قال: «کنت عند أبی عبد اللّه (علیه السلام) جالسا فدخل علیه رجل فسأله عن الرّجل یأتی المرأه حراما أ یتزوّجها؟ قال:نعم و أمّها و ابنتها»(۲) , و رواه الشیخ ایضا بسند صحیح اخر عنه قال: «کنت عند أبی عبد اللّه (علیه السلام) فقال له رجل: رجل فجر بامرأه أ یحلّ له ابنتها؟ قال: نعم، إنّ الحرام لا یفسد الحلال»(۳) و لا یبعد أن یکون الأصل واحدا، و اختلافهما فی اللّفظ من اختلاف النقل بالمعنی.

و صحیح صفوان عن حنان بن سدیر وهو ثقه ایضا قال: «کنت عند أبی عبد اللّه (علیه السلام) إذ سأله سعید عن رجل تزوّج امرأه سفاحا هل تحلّ له ابنتها؟ قال: نعم إنّ

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۱۷
۲- التّهذیب (ح۱ باب القول فی الرّجل یفجر بالمرأه، من أبواب نکاحه)
۳- التّهذیب (ح۸ باب القول فی الرّجل یفجر بالمرأه، من أبواب نکاحه)

الحرام لا يحرّم الحلال»(۱) و الظاهر أنّ المراد «بسعيد» فيه «سعيد بن يسار» كما يشهد له الآتی.

و صحیح سعید بن یسار قال: سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن رجل فجر بامرأه، يتزوّج ابنتها؟ قال: نعم يا سعيد إنّ الحرام لا يفسد الحلال»(۲) و غیرها.

و قد يجمع بينهما بحمل الاولى على الكراهه لصراحه الثانيه فى الجواز لكن قيل: ان هذا الحمل جيد بناء على قبول الاحكام الوضعيه للحمل على الكراهه.

قلت: ظاهر الروايات هو النهى عن التزوج لا بطلانه حتى يقال ذلك فهما من قبيل افعل لا تفعل و عليه فلا مانع من الجمع بحمل الناهيه على الكراهه. نعم خبر أبى الصّباح الكنانىّ، عن الصّادق (علیه السلام): «إذا فجر الرّجل بالمرأه لم تحلّ له ابنتها أبدا و إن كان قد تزوّج ابنتها قبل ذلک و لم يدخل بها فقد بطل تزويجه و إن هو تزوّج ابنتها و دخل بها ثمّ فجر بأمّها بعد ما دخل بانتهاء فليس يفسد فجوره بأمّها نكاح ابنتها إذا هو دخل بها و هو قوله: «لا يفسد الحرام الحلال» إذا كان هكذا»(۳).

و خبر عمّار، عن الصّادق (علیه السلام) «فى الرّجل تكون عنده الجاريه فيقع عليها ابن ابنه قبل أن يطأها الجدّ، أو الرّجل يزنى بالمرأه، هل تحلّ لأبيه أن يتزوّجها؟ قال: لا

ص:۵۵

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۲۸ح۹

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۲۸ح۱۲

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۲۹ح۱۱

إنّما ذلک إذا تزوّجها الرّجل فوطأها: ثمّ زنی بها ابنه لم یضرّه لأنّ الحرام لا یفسد الحلال و کذلک الجاریه»(۱) صریحان فی الحرمه الوضعیه و هی لا تقبل الحمل علی الکراهه لکنهما ضعیفان سندا بسهل و بمحمد بن الفضیل.

و اما إذا بنی علی عدم قبولها لذلک تتحقق المعارضه المستقره اذ لا ترجیح لاحدی الطائفتین علی الاخری من حیث السند و عمل الاصحاب و یلزم ترجیح الطائفه المجوّزه لموافقتها لظاهر قوله تعالی {و أُحِلَّ لَکُمْ مٰا وَرٰاءَ ذٰلِکُم} کما انهما لو تساقطا بالتعارض فالایه الکریمه هی المرجع.

هذا، و الخلاف إنّما فی غیر العمّه و الخاله و اما لو زنا بهما فقال المفید و المرتضی و الدّیلمیّ أیضا بحرمه بنتهما لصحیح محمّد بن مسلم المتقدم الدال علی حرمه الخاله و هو: « سأل رجل أبا عبد اللّه (علیه السلام) - و أنا جالس- عن رجل نال من خالته فی شبابه ثمّ ارتدع أ یتزوّج ابنتها؟ فقال: لا- قلت: إنّه لم یکن أفضی إلیها إنّما کان شی ء دون شی ء، فقال: لا- یصدّق و لا کرامه»(۲).

و قد یتوقف فی الحکم تاره من جهه متن الروایه و اخری من جهه سندها.

اما من جهه المتن فلان تکذیب الامام (علیه السلام) الفاعل فی اخباره مناقشه صغرویه لا تتناسب و مقام الامامه و غیر لائق به.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۲۰ح۹

۲- وسائل الشیعه ۱۴: ۳۲۹ الباب ۱۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهره الحدیث ۱

و اما من جهه السند فباعتبار ان الشيخ الكلينى روى بسنده إلى ابى ايوب عن محمد بن مسلم انه: «سأل رجل ابا عبد اللّه (عليه السلام) و انا جالس عن رجل ...» فى حين ان الشيخ الطوسى روى الروايه نفسها بسنده إلى ابى ايوب ان محمد بن مسلم هو الذى سأل الامام (عليه السلام) «عن رجل نال ...»(1).

و كلتا المناقشتين لا وجه لها.

اما الاولى فلاحتمال وجود مصلحه فى المناقشه الصغرويه قد اطلع عليها الامام (عليه السلام) .

و اما الثانيه فلان مثل الاختلاف المذكور لا يضر بصحه الروايه.

هذا و يكون الحاق العمه مبنيا على عدم القول بالفصل أو الاولويه القطعيه. و كلاهما محل تأمّل.

هذا و تردّد الحلىّ فيهما ايضا , قلت: و حيث ان النسبه بين صحيح ابن مسلم و المطلقات المتقدمه العموم و الخصوص المطلق فالاقوى الحكم بحرمه بنت الخاله فقط .

(و أم المعقود عليها فصاعداً و ابنه الموطوءه مطلقا فنازلاً لا إبنه المعقود عليها من غير دخول)

1- وسائل الشيعه 14: 329 الباب 10 من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث 2

اقول: تقدم الکلام عن الموطوءه و قلنا انها لا تکون سببا للتحریم .

و اما حرمه أمّ الزوجه مطلقا و بنتها بشرط الدخول فلقوله تعالی: {حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ ... وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَ رَبَائِبُكُمُ اللاَّتِی فِی حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللاّتِی دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُم}(۱).

و مقتضی اطلاق فقره «و امهات نسائکم» ثبوت حرمه أمّ الزوجه و لو من دون دخول بها بخلاف الربیبه حیث قیدت حرمتها بالدخول بامها.

و احتمال رجوع قید «مِنْ نِسَائِكُمُ اللاّتِی ...» إلی قوله: «وأُمَّهَاتُ نِسَائِكُم» أیضا بعید جدا لطول الفصل، و لزوم التکرار فی کلمه النساء، و لزوم استعمال کلمه «من» فی معنیین- إذ علی تقدیر تعلقها بالربائب تکون نشویه و علی تقدیر تعلقها بالنساء تکون بیانیه- و هو مخالف للظاهر حتی علی تقدیر فرض امکانه.

اقول: لکن حرمه أمّ المعقود علیها - وإن لم یکن دخول- مشهوره، ذهب إلیها الصدوق فی مقنعه و الشیخان و الدّیلمیّ و الحلبیّ و غیرهم، و ذهب العمانیّ و کذا الإسکافیّ إلی عدمها، و هو ظاهر الفقیه حیث اقتصر علی قوله: «و فی روایه جمیل بن درّاج أنّه سئل أبو عبد اللّه (علیه السلام) عن رجل تزوّج امرأه ثمّ طلّقها قبل أن یدخل بها هل تحلّ له ابنتها، قال: الأمّ و الابنه فی هذا سواء إذا لم یدخل بإحداهما حلّت له الأخری»(۲).

۱- النساء: ۲۳

۲- الفقیه (فی باب ما أحلّ اللّه عزّ و جلّ من النکاح، فی ۳۲ من أخباره)

و أمّا الکافی فروی ما یدل علی الجواز مثل صحیح جمیل بن درّاج و حمّاد بن عثمان، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) قال: الأمّ والابنه سواء إذا لم یدخل بها یعنی إذا تزوّج المرأه ثمّ طلّقها قبل أن یدخل بها فإنّه إن شاء تزوّج أمّها و إن شاء تزوّج ابنتها»(۱).

و ما یدل علی الحرمه کصحیح منصور ابن حازم قال: «کنت عند أبی عبد اللّه (علیه السلام) فأتاه رجل فسأله عن رجل تزوّج امرأه فماتت قبل أن یدخل بها أ یتزوّج بأمّها؟ فقال أبو عبد اللّه (علیه السلام): قد فعله رجل منّا فلم نر به بأسا، فقلت: جعلت فداک ما تفخر الشیعه إلّا بقضاء علیّ (علیه السلام) فی هذه الشمخیّه الّتی أفتاها ابن مسعود أنّه لا بأس بذلک، ثمّ أتی علیّا (علیه السلام) فسأله فقال له علیّ (علیه السلام): من أین أخذتها، فقال من قول اللّه عزّ و جلّ {وربائبکم اللاتی فی حجورکم من نسائکم اللاتی دخلتم بهنّ فإن لم تکونوا دخلتم بهنّ فلا جناح علیکم} فقال علیّ (علیه السلام): إنّ هذه مستثناه، و هذه مرسله {وأمّهات نسائکم} فقال أبو عبد اللّه (علیه السلام) للرّجل: أمّا تسمع ما یروی هذا عن علیّ (علیه السلام) فلمّا قمت ندمت و قلت: أیّ شیء صنعت یقول هو: «قد فعله رجل منّا فلم نر به بأسا» و أقول أنا: «قضی علیّ (علیه السلام) فیها» فلقیته بعد ذلک فقلت:جعلت فداک مسأله الرّجل إنّما کان الذی قلت یقول: زلّه منّی فما تقول فیها؟ قال: یا شیخ تخبرنی أنّ علیّا (علیه السلام) قضی بها و تسألنی ما تقول فیها؟»(۲).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۲۱ح۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۲۱ح۴

و الظاهر أنّ المراد بالشـمخيّه مرأه من بنی شـمخ و شـمخ حیّ من فزاره استفتت ابن مسعود فی المسأله فأفتاها بحلّیّه أمّ المرأه مع عـدم الدخول بالمرأه، فتری أنّ الأوّل تضـمّن فی تفسـیره من المعصوم کان أو غیره اشتراط الدّخول بالبنت، و الأخیر تضـمّن أنّ أمیر المؤمنین (علیه السلام) أنکر علی ابن مسعود الاشتراط حیث إنّ الاشتراط خصّه اللّه بالربائب، و أمّا أمّهات النساء فأطلقهنّ و قوله (علیه السـلام) فی صـدر الخبر من «انه فعله ...» یتنـاقض مع ذیله من حرمه ذلـک بـدلیل اطلاق الایه المبارکه و قابل للحمل علی التقیّه.

و الاخبار الداله علی عدم اشتراط الدخول فی حرمه ام الزوجه مسـتفیضه مثل موثق إسـحاق بن عمّار، عن جعفر، عن أبیه علیهما السّـلام «أنّ علیّا (علیه السـلام) کان یقول: الرّبائب علیکم حرام مع الأمّهات اللّاتی قد دخلتم بهنّ، هنّ فی الحجور و غیر الحجور سواء و الأمّهات مبهمات دخل بالبنات أم لم یدخل بهنّ فحرّموا و أبهموا ما أبهم اللّه»(۱) وغیره.

و من الغریب استدلال العمانیّ علی الآیه بالاشتراط فقال: «قال تعالی {وأُمَّهاتُ نِسائِکُمْ وَ رَبائِبُکُمُ اللّاتِی فِی حُجُورِکُم} ثمّ شرط فی الآـیه شـرطا فقـال: {مِنْ نِسائِکُمُ اللّاتِی دَخَلْتُمْ بِهِنَّ - إلی - فَلا جُناحَ عَلَیْکُم} فالشّـرط عنـد آل الرّسول فی الأمّهات و الرّبائب جمیعا الدّخول».

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۷۳ح۱

و فيه: ان من الواضح أنّ قوله تعالى {مِنْ نِسَائِكُمُ اللّاتِى دَخَلْتُمْ بِهِنَّ} راجع إلى {ورَبَائِبُكُمُ اللّاتِى فِى حُجُورِكُم} المتّصل به و لا معنى لأن يرجع إلى {وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُم} فإنّ ربائبنا من نسائنا لكونهنّ بناتهنّ، و أمّا أمّهات نسائنا فلسن من نسائنا بل نسائنا منهنّ.

و بالجمله الآيه دالّه على عدم الاشتراط حيث أطلقت أمّهات النّساء، و بذلك يتضح ان صحيح جميل و حمّاد المتقدّم عن الكافى و التّهذيب مخالف للقران ولا عبره به، مع أنّ التّهذيب قال بعده: «إنّه مضطرب الإسناد لأنّ جميلا و حمّادا تاره يرويانه عن الصّادق (عليه السلام) بلا واسطه و اخرى يرويانه عن الحلبيّ عن الصّادق (عليه السلام)، ثمّ إنّ جميلا تاره يرويه مرسلا عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السّلام».

و مثله فى مخالفه الكتاب ما رواه التّهذيب عن محمّد بن إسحاق بن عمّار، قلت له: «رجل تزوّج امرأه و دخل بها، ثمّ ماتت أ يحلّ له أن يتزوّج أمّها؟ قال: سبحان اللّه كيف يحلّ له أمّها و قد دخل بها، قلت له: فرجل تزوّج امرأه فهلكت قبل أن يدخل تحلّ له أمّها؟ قال: و ما الذى يحرم عليه منها، و لم يدخل بها» و قال الشيخ بعد نقله: هو مع شذوذه مضمر.

و اما التعميم لام الزوجه و ان علت فللتمسک بالاطلاق.

و اما التعميم لبنت الزوجه و ان نزلت فقد يستشكل استفادته من الآيه الكريمه الّا ان فى اطلاق الروايات كفايه حيث استعانت بكلمه «البنت» مطلقه، كما فى موثقه غياث بن ابراهيم عن جعفر عن أبيه ان عليا (عليه السلام) قال: «إذا تزوج الرجل المرأه حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالام فإذا لم يدخل بالام فلا بأس ان يتزوج بالابنه. و إذا تزوج بالابنه فدخل بها أو لم يدخل فقد حرمت عليه الام. و قال: الربائب عليكم حرام كنّ فى الحجر أو لم يكنّ»(۱) و غيرها.

و اما التعميم لكون الربيبه فى الحجر و عدمه فلان التقييد به فى الآيه الكريمه لا موضوعيه له بل اشاره إلى الحاله الغالبه تنبيها على انها كبنت الزوج حيث تربت فى حجره فكيف يتزوج بها.على ان الموثقه المتقدمه و غيرها قد صرحت بالتعميم.

و اما عدم جواز العقد على بنت الزوجه ما دام قد فرض العقد على امها مسبقا و لو من دون دخول بها فلانه مع العقد على البنت يصدق على الام عنوان «امهات نسائكم»، و هو يوجب التحريم متى ما صدق بمقتضى اطلاق الآيه الكريمه، فالجمع بينهما بنحو يكون عقدهما صحيحا معا غير ممكن فيتعين بطلان احدهما، و حيث ان العقد على الام قد فرض وقوعه صحيحا و انقلابه الى البطلان يحتاج إلى دليل فيتعين بطلان العقد على البنت.

(و أما الأخت المزوّجه فتحرم جمعا لا عينا)

۱- وسائل الشيعه ۱۴: ۳۵۲ الباب ۱۸ من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ۴

فلا خلاف فيه بين المسلمين لدلاله صريح الكتاب العزيز عليه: {وأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ إِلّا مَا قَدْ سَلَف}(١) أى قبل الإسلام. و الروايات فى المسأله كثيره(٢).

(و العمّه و الخاله يجمع بينهما و بين ابنه أخيها أو أختها برضاء العمّه و الخاله)

اقول: تحريم الجمع بين المرأه و عمّتها و خالتها إنّما هو للعامّه و تبعهم المبسوطان لكن استثنيا الرّضا ففى الأوّل «فلا يجمع بين المرأه و عمّتها و لا خالتها إلّا برضاهما، و عندهم على كلّ حال»(٣) و قال فى الثّانى «يجوز الجمع بين المرأه و عمّتها و خالتها إذا رضيت العمّه و الخاله بذلك، و عند جميع الفقهاء لا يجوز الجمع و لا تأثير لرضاهما، و ذهبت الخوارج إلى أنّ ذلك جائز على كلّ حال»(۴) و تبعه فيهما المصنّف هنا، و إلّا فعندنا لا يجوز نكاح المرأه على عمّتها و خالتها إلّا برضاهما، و أمّا نكاح المرأه على ابنه أخيها أو ابنه أختها فلا يشترط رضاها كما لا يشترط فى نكاح الأجنبيّه، و الجمع بين المرأه و عمّتها أو خالتها فى العقد أيضا صحيح لخروجه عن مورد النّهى، أى النكاح على العمّه و الخاله بدون الرّضا و صرّح باختصاص التحريم بنكاح المرأه على العمّه و الخاله المفيد و المرتضى و الدّيلمىّ و الشيخ فى النهايه و الحلبىّ و القاضى و ابن حمزه و الحلىّ، بل جوّز

١- النساء: ٢٣

٢- وسائل الشيعه الباب ٢۴ و ما بعده من أبواب ما يحرم بالمصاهره

٣- المبسوط فى فقه الإماميه؛ ج ۴، ص: ٢٢٢

۴- الخلاف؛ ج ۴، ص: ٢٩۶

العمانیّ نکاح المرأه علی عمّتها و خالتها بـدون رضاهما و إلیه مال الإسـکافیّ فقال: «و من عقـد لم ینفسـخ نکاحه کما ینفسـخ نکاح الأخت علی الأخت و الأمّ علی الابنه استنادا إلی قوله تعالی {وَ أُحِلَّ لَکُمْ مٰا وَرٰاءَ ذٰلِکُم}.

اما حرمـه العقـد علی بنـت اخ او اخت الزوجه الّا باذنهـا و جـواز العکس مطلقـا فلمـوثقه محمـد بن مسـلم عن ابی جعفر (علیه السـلام): «لا تزوّج ابنه الاخ و لا ابنه الاخت علی العمه و لا علی الخاله الا باذنهما، و تزوّج العمه و الخاله علی ابنه الاخ و ابنه الاخت بغیر اذنهما»(۱) و غیرها.

و إذا قیل: ما فی صحیح علی بن جعفر عن اخیه موسی بن جعفر علیهما السّلام: «سألته عن امرأه تزوج علی عمتها و خالتها قال: لا بأس»(۲) یدل باطلاقه علی الجواز بلا حاجه إلی اذن. قلت: لکن الشیخ رواه فی التّهـذیب صـحیحا - بتمـامه بما یرتفع معه الاشکال- عن علیّ بن جعفر، عن أخیه (علیه السـلام):سـألته عن امرأه تزوّجت علی عمّتهـا و خالتهـا؟ قال: لا بأس، و قال: تزوّج العمّه و الخـاله علی ابنه الأخ و ابنه الأخت و لا تزوّج بنت الأخ و الأخت علی العمّه و الخاله إلّا برضـی منهما، فمن فعل فنکاحه باطل»(۳).

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۳۷۵ الباب ۳۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهره الحدیث ۱

۲- وسائل الشیعه ۱۴: ۳۷۵ باب ۳۰ ح ۳ وفی التهذیب ۷: ۳۳۳: «تزوجت علی» .

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۳۳ح۵

و اما صحيحه ابى عبيده: «سمعت أبا عبد اللّه (عليه السلام) يقول:لا تنكح المرأه على عمتها و لا على خالتها و لا على اختها من الرضاعه»(۱) الداله على عدم الجواز مطلقا فاطلاقها يتقيد بما فى موثقه ابن مسلم وبذلك يرتفع التعارض.

و اما خبر السّكونىّ، عن جعفر، عن أبيه أنّ عليّا (عليه السلام) اتى برجل تزوّج امرأه على خالتها فجلده و فرّق بينهما»(۲) فحمله على عدم إذن العمّه و الخاله، و هو الظاهر لأنّ النساء لا يرضين بالنكاح عليهنّ إلّا نادرا، و لم يتضمّن الخبران إجازتهما، كما يحمل إجمال الأوّل من الجمع على الأخبار المفصّله المتقدّمه.

و أمّا ما فى المقنع «و لا تنكح المرأه على عمّتها و لا على خالتها و لا على ابنه أخيها و لا على بنت أختها و لا على أختها من الرّضاعه». فقد عرفت ما فيه من الضعف.

هذا و قال الشهيد الثانى «ثم إن تقدم عقد العمه و الخاله توقف العقد الثانى على إذنهما, فإن بادر بدونه ففى بطلانه أو وقوفه على رضاهما فإن فسختاه بطل أو تخييرهما فيه و فى عقدهما أوجه أوسطها الأوسط. و إن تقدم عقد بنت الأخ و الأخت و علمت العمه و الخاله بالحال فرضاهما بعقدهما رضا بالجمع و إلّا ففى تخييرهما فى فسخ عقد أنفسهما- أو فيه و فى عقد السابقه أو بطلان عقدهما أوجه أوجهها الأول و هل يلحق الجمع بينهما بالوطء فى ملك اليمين بذلك

۱- وسائل الشيعه ۱۴: ۳۷۶ الباب ۳۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ۸
۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۳۳ح۴

وجهان- و كذا لو ملك إحداهما و عقد على الأخرى و يمكن شمول العباره لاتحاد الحكم فى الجميع»(۱).

اقول: و قد أشار بقوله «ففى بطلانه» إلى قول ابن ادريس ببطلانه، و هو الاقوى و ذلك لان العقد حين انشائه لا اثر له و بعد رضاهما يتوقف على استجماعه للشرائط و قد تكون مفقوده.

واما قوله: «أو تخيّرهما فيه و فى عقدهما» فأشار إلى قول المفيد و الشّيخ فى النهايه و الدّيلمىّ و كذا القاضى و ابن حمزه بذلك لكن لم نقف على دليل لهم، و الأخبار المتقدّمه لا تدلّ إلّا على تخيّرهما فى فسخ عقد ابنه الأخ و ابنه الأخت.

و أمّا ما قاله ثانيا من التفريعات على تقدّم عقد بنت الأخ و الأخت فكلها ساقطه بعد دلاله الأخبار المتقدّمه على صحّته و كونها مشهورا بل إجماعيّا عندنا حيث إنّ الخلاف إنّما هو فى تقدّم عقد عمّه المرأه و خالتها فالمخالف منحصر بالمبسوط و هو محجوج بنهايته و روايات كتابى اخباره.

و أمّا ما قاله أخيرا بقوله: و هل يلحق الجمع بينهما بالوطى فى ملك اليمين؟ فالأصل فيه المبسوط أيضا فقال بعد بيان حكم الأختين المملوكتين بأنّه إذا وطئ إحديهما لم تحلّ له الأخرى إلّا بعد خروج الأولى عن فراشه بعتق و غيره، و كذلك الحكم فى المرأه و عمّتها و المرأه و خالتها» .

۱- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (المحشى - سلطان العلماء)؛ ج ۲، ص: ۸۶

و فیه: مـا عرفت من عـدم حرمه الجمع مطلقا , وأنّه قیاس مع الفارق لأنّ مورد الأخبار التزوّج و النکاح فی الأحرار و علیه فقیاس عقد الأمه علی الحرّه جمعا بین صحیح ابی بصیر عن أبی جعفر (علیه السلام) قال: «سألت عن رجلٍ له امرأهٌ نصرانیّهٌ له أن یتزوّج علیهـا یهودیّهً فقال إنّ أهل الکتاب ممالیک للإمام و ذلک موسّعٌ منّا علیکم خاصّهً فلا بأس أن یتزوّج قلت فإنّه یتزوّج أمهً قال لا لاـ یصـلح أن یتزوّج ثلاـث إمـاءٍ فـإن تزوّج علیهمـا حرّهً مسـلمهً و لم تعلم أنّ له امرأهً نصـرانیّهً و یهودیّهً ثمّ دخـل بها فإنّ لها ما أخـذت من المهر فإن شاءت أن تقیم بعد معه أقامت و إن شاءت تذهب إلی أهلها ذهبت و إذا حاضت ثلاثه حیضٍ أو مرّت لها ثلاثه أشهرٍ حلّت للأزواج قلت فإن طلّق علیها الیهودیّه و النّصرانیّه قبل أن تنقضی عدّه المسلمه له علیها سبیلٌ أن یردّها إلی منزله قال نعم»(۱) و قد تضـمّن أنّه لو تزوّج حرّه مسـلمه علی یهودیّه أو نصـرانیّه و لـم تعلم المسلمه لها الخیار فی فسخ نکاح نفسها, و مثله ما رواه سـماعه المتضـمّن تخیّر الحرّه إذا عقـدت بغیر علمها علی أمه فی فسخ عقد نفسـها. فالجمع بینهما و بین باقی الأخبار بتنقیح المناط باطل وغیر صحیح من حیث حصر عدم الجواز بنکاح المرأه علی عمّتها أو خالتها و جواز الجمع بینهما.

حکم الشبهه و الزنا السابق علی العقد حکم الصحیح فی المصاهره

(و حکم الشبهه و الزنا السابق علی العقد حکم الصحیح فی المصاهره)

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۵۹ح ۱۱

اقول: مرّت الأخبار و الأقوال عند قوله «و أمّ الموطوءه...» و ذكرنا ان الاقوى عدم تحريمها فراجع.

ثم انه لا خلاف فی أنّ الزّنا اللّاحق للعقد و للوطی فی المملوکه لا أثر له کما ورد فی صحیح «محمّد بن مسلم المتقدم: سئل عن الرّجل یفجر بالمرأه أ یتزوّج ابنتها؟ قال: لا، و لکن إن کانت عنده امرأه ثمّ فجر بأمّها أو ابنتها أو أختها لم تحرم علیه امرأته إنّ الحرام لا یفسد الحلال»(۱) و تقتضیه القاعده.

حکم ملموسه الابن و منظورته علی الأب

(و یکره ملموسه الابن و منظورته علی الأب، و بالعکس تحرم)

هذا التفصیل للمفید و هو المفهوم من الحلبیّ، و نسبه الدّیلمیّ إلی الرّوایه، لکن لا دلیل واضح علیه و ذهب الصدوق و الشّیخ و القاضی و ابن حمزه و ابن زهره إلی الحرمه مطلقا. و قال الحلیّ بعدم الحرمه مطلقا للأصل و قوله تعالی {وأُحِلَّ لَکُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِکُم}. و الملموسه و المنظوره وراء ما عدّ تعالی.

و یدل علی الحرمه مطلقا صحیح محمّد بن إسماعیل ابن بزیع: «سألت أبی الحسن (علیه السلام) عن الرّجل تکون له الجاریه فیقبّلها هل تحلّ لولده؟ قال: بشهوه؟ قلت: نعم، قال: ما ترک شیئا إذا قبّلها بشهوه، ثمّ قال ابتداء منه: إن جرّدها و نظر إلیها بشهوه

۱- الکافی باب الرّجل یفجر بالمرأه فیتزوّج أمّها أو ابنتها أو یفجر بأمّ امرأته أو ابنتها

حرمت على أبيه و ابنه، قلت: إذا نظر إلى جسدها، فقال: إذا نظر إلى فرجها و جسدها بشهوه حرمت عليه»(۱).

و صحيح جميل بن درّاج: «قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): الرّجل ينظر إلى الجاريه يريد شراءها، أ تحلّ لابنه؟ فقال: نعم إلّا أن يكون نظر إلى عورتها»(۲).

و ما فى الصحيح عن عبد اللّه بن يحيى الكاهلىّ، عن الصّادق (عليه السلام) - فى خبر - قال: و سألته عن رجل تكون له جاريه فيضع أبوه يده عليها من شهوه أو ينظر منها إلى محرّم من شهوه، فكره أن يمسّها ابنه»(۳).

و خبر محمّد بن مسلم، عن الصّادق (عليه السلام) إذا جرّد الرّجل الجاريه و وضع يده عليها فلا تحلّ لابنه»(۴).

و مثلها خبر عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (عليه السلام): المنقول عن نوادر أحمد الأشعرىّ بلفظ «لا تحلّ لابنه إذا رأى فرجها».

۱- الكافى ب ۷۶ من أبواب نكاحه باب ما يحرم على الرّجل ممّا نكح ابنه و أبوه ح۲
۲- الكافى ب۷۶ من أبواب نكاحه باب ما يحرم على الرّجل ممّا نكح ابنه و أبوه ح۳
۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۱۸ح۴
۴- الكافى ب ۷۶ من أبواب نكاحه باب ما يحرم على الرّجل ممّا نكح ابنه و أبوه ح۵

و خبر أبی الصّباح عنه (علیه السلام) أیضا عن الکتاب بلفظ «اشتری جاریه فیقبّلها قال: لا تحلّ لولده أن یطأها».

و صحیح عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (علیه السلام) فی الرّجل تکون عنده الجاریه یجرّدها و ینظر إلی جسدها نظر شهوه و ینظر منها إلی ما یحرم علی غیره، هل تحلّ لأبیه و إن فعل ذلک أبوه، هل تحلّ لابنه؟ قال: إذا نظر إلیها نظر شهوه و نظر منها إلی ما یحرم علی غیره لم تحلّ لابنه، و إن فعل ذلک الابن لم تحلّ لأبیه»(۱).

و مرسل یونس عن الصّادق (علیه السلام): سألته عن أدنی ما إذا فعله الرّجل بامرأه لم تحلّ لابنه و لا لأبیه؟ قال: الحدّ فی ذلک المباشره ظاهره أو باطنه ممّا یشبه مسّ الفرجین»(۲).

و یعارض ذلک حسن زراره، عن الباقر (علیه السلام): «إذا زنی رجل بامرأه أبیه أو جاریه أبیه فإنّ ذلک لا یحرّمها علی زوجها و لا تحرم الجاریه علی سیّدها إنّما یحرّم ذلک منه إذا أتی الجاریه و هی حلال فلا تحلّ بذلک الجاریه أبدا لابنه و لا لأبیه- الخبر»(۳) فانه حصر التأثیر فی الوطی الحلال دون غیره من الوطی الحرام او اللمس و النظر.

ص:۷۰

۱- التّهذیب (فی ۶۴ من أخبار باب السّراریّ قبل کتاب العتق)

۲- التّهذیب (فی ۸۵ من أخبار زیادات نکاحه)

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۱۹ح۷

و مثله صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج، و حفص بن البختريّ و عليّ بن يقطين قالوا: «سمعنا أبا عبد اللّه (عليه السلام) يقول عن الرّجل تكون له الجاريه أ فتحلّ لابنه؟ قال: ما لم يكن جماعا أو مباشره كالجماع فلا بأس»(۱).

و موثق عليّ بن يقطين، عن العبد الصالح (عليه السلام) «عن الرّجل يقبّل الجاريه يباشرها من غير جماع داخل أو خارج أ تحلّ لابنه أو لأبيه؟ قال: لا بأس»(۲).

و هي قاصره عن معارضه ما تقدم سندا و عددا و عاملا فلا وثوق لنا بها و عليه فالاقوى الحرمه في كليهما , ولا يمكن الجمع بينهما بحمل الناهيه على الكراهه لاباء لسان الاولى من الحمل على الكراهه كما لا يخفى .

و اما خبر مرازم عنه (عليه السلام): «و سئل عن امرأه أمرت ابنها أن يقع على جاريه لأبيه، فوقع فقال: أثمت و أثم ابنها، و قد سألني بعض هؤلاء عن هذه المسأله فقلت له: أمسكها إنّ الحلال لا يفسد [ه] الحرام»(۳). فهو مع ضعفه سندا مجمل فلعل كان وقوع الولد بعد دخول الاب كما هو مقتضى قوله (عليه السلام) الحلال لا يفسده الحرام و يؤيده خبر عمّار، عن الصّادق (عليه السلام) «في الرّجل تكون عنده الجاريه فيقع عليها ابن

۱- التّهذيب ح ۳۵ من أخبار باب ما أحلّ اللّه نكاحه ورواه الفقيه (ح ۸ باب أحكام المماليك و الإماء) بلفظ: و سأل عبد الرّحمن بن الحجّاج، و حفص بن البختريّ أبا عبد اللّه (عليه السلام) و فيه «ما لم يكن جماع»، و الظاهر صحّه كلّ منهما بكون «كان» ناقصه و تامّه.

۲- الوسائل الباب- ۷۷- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۳

۳- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۱۹ح۸

ابنه قبل أن یطأها الجدّ، أو الرّجل یزنی بالمرأه، هل تحلّ لأبیه أن یتزوّجها؟ قال: لا إنّما ذلک إذا تزوّجها الرّجل فوطأها, ثمّ زنی بها ابنه لم یضرّه لأنّ الحرام لا یفسد الحلال و کذلک الجاریه»(۱).

حصیله البحث:

یحرم بالمصاهره زوجه کلّ من الأب فصاعـداً أو الابن فنازلًا علی الآخر و أمّ المعقود علیها فصاعداً و ابنه المعقود علیها فنازلًا مع الـدخول لا ابنه المعقود علیها بلا دخول، أمّا الأخت فتحرم جمعاً لا عیناً و لا یجوز نکاح المرأه علی عمّتها و خالتها إلّا برضاهما، و أمّا نکـاح المرأه علی ابنه أخیهـا أو ابنه أختهـا فلا یشترط رضاهـا، و لا اثر لوطء الشّبهه و الزّنی فی المصاهره نعم تحرم بنت الخـاله لو زنـا بامهـا، و تحرم ملموسه الابن و منظورته من الاماء-کأن یجرّدها و ینظر إلی جسـدها نظر شـهوه و ینظر منها إلی ما یحرم علی غیره او یضع یده علیها من شهوه - علی الأب و ابنه .

ص:۷۲

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۲۰ح۹

(مسائل عشرون)

حكم تزوّج الام و ابنتها فی عقد واحد

(الاولی: لو تزوّج الام و ابنتها فی عقد واحد بطلا)

عند المصنف کما هو مقتضی القاعده و ذلک للنهی عن العقد الجامع بینهما و استحاله الترجیح لاتحاد نسبته إلیهما .

(و لو جمع بین الأختین فکذلک) لاشتراکهما فی ذلک.

(و قیل) و القائل الإسکافیّ و الشیخ و القاضی، و هو ظاهر الکافی و الفقیه و أنکره ابن حمزه و الحلیّ و لا وجه له (یتخیّر واحده)

لصحیحه ابن أبی عمیر، عن جمیل بن درّاج وکلاهما من اصحاب الاجماع عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) «فی رجل تزوّج أختین فی عقده واحده قال: یمسک أیّتهما شاء و یخلّی سبیل الأخری، و قال فی رجل تزوّج خمسا فی عقده واحده، قال: یخلّی سبیل أیّتهنّ شاء»(۱), و رواه فی الکافی «عن جمیل، عن بعض أصحابه»(۲) و فی

۱- الفقیه ح ۴۵ من أخبار باب ما أحلّ اللّه عزّ و جلّ من النکاح.

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۳۱ح۳

التّهذيب «عن جميل، عن بعض أصحابنا»(۱) و هذا الارسال لا يضر بعد كون الراويين من اصحاب الاجماع و عمل به الاصحاب.

و قد يستشهد لذلک بصحيح أبى بكر الحضرمى قلت لأبى جعفر (عليه السلام): «رجل نكح امرأه ثمّ أتى أرضا فنكح أختها و هو لاـ يعلم؟ قال: يمسک أيّتهما شاء، و يخلّى سبيل الأخرى»(۲) الدال على تخيّر الرّجل فى الأختين إذا تزوّجهما بغير الجمع مع عدم العلم.

و فيه: انه معارض بصحيح زراره «عن الباقر (عليه السلام) عن رجل تزوّج امرأه بالعراق، ثمّ خرج إلى الشّام فتزوّج امرأه أخرى فإذا هى أخت امرأته الّتى بالعراق، قال: يفرّق بينه و بين الّتى تزوّجها بالشام، و لاـ يقرب المرأه حتّى تنقضى عدّه الثانيه- الخبر»(۳) و هو اوضح منه دلاله و صحيح الحضرمى مجمل من حيث كيفيه الابقاء فان الاولى فى حباله ولا تخرج عن ذلک الّا بالطلاق و لذا حمله الشيخ فى التهذيب على «أنّه إن أراد إمساك الأولى صحّ بعقده الأوّل، و إن أراد إمساك الثانيه فليطلّق الأولى ثمّ يعقد على الثانيه»(۴) و هو كذلک.

ص:۷۴

۱- التّهذيب ح ۳۹ من أخبار باب من أحلّ اللّه نكاحه
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۳۱ح۲
۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۳۱ح۴
۴- التّهذيب ح ۳۹ من أخبار باب من أحلّ اللّه نكاحه

(و لو وطئ إحدى الأختين المملوكتين حرمت الأخرى حتّى تخرج الاولى عن ملكه)

لعموم قوله تعالى:{وأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ} الدال على حرمه الجمع بين الاختين.

(فلو وطئ الثانيه فعل حراما و لم تحرم الأولى)

و لو مع علمه بالتحريم عند المصنف تبعا لابن ادريس لأن الحرام لا يحرم الحلال و التحريم إنما تعلق بوطء الثانيه فيستصحب, و لأصاله الإباحه. و على هذا فمتى أخرج إحداهما عن ملكه حلت الأخرى .

و قال الشيخ فى النهايه و تبعه القاضى و ابن حمزه: «فإن وطئ الأخرى بعد وطيه الأولى و كان عالما بتحريم ذلك حرمت عليه الأولى حتّى تموت الثانيه فإن أخرج الثانيه من ملكه ليرجع إلى الأولى لم يجز له الرّجوع إليها، و إن أخرجها من ملكه لا لذلك جاز له الرّجوع إلى الأولى، و إن لم يعلم بتحريم ذلك جاز له الرّجوع إلى الأولى على كلّ حال إذا أخرج الثانيه من ملكه» عملا بصحيح الحلبيّ، عنه (عليه السلام) فى خبر «و سئل عن رجل كانت عنده اختان مملوكتان فوطى ء إحديهما، ثمّ وطئ الأخرى، قال: إذا وطئ الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتّى تموت الأخرى، قلت: أ رأيت إن باعها أ تحلّ له الأولى، قال: إن كان يبيعها

لحاجه و لا یخطر علی قلبه من الأخری شی ء فلا أری بذلک بأسا، و إن کان إنّما یبیعها لیرجع إلی الأولی فلا و لا کرامه»(۱) و غیره.

و قد تضمنت التفصیل الذی ذکره « ان أخرج الثانیه من ملکه لیرجع إلی الأولی لم یجز له الرّجوع إلیها، و إن أخرجها من ملکه لا لذلک جاز له الرّجوع إلی الأولی», لکن موثق معاویه بن عمّار، عنه (علیه السلام): «سألته عن رجل کانت عنده جاریتان اختان فوطی ء إحدیهما، ثمّ بدا له فی الأخری؟ قال: یعتزل هذه و یطأ الأخری، قال: قلت: فإنّه تنبعث نفسه للأولی؟ قال: لا یقربها حتّی یخرج تلک عن ملکه»(۲) دل باطلاقه علی کفایه الخروج عن الملک مطلقا و علیه فیقع التعارض بینهما لکنهما قابلان للجمع بحمل المطلق و هو موثق معاویه علی المقید و هو صحیح الحلبی , هذا و قد دل موثق معاویه علی کفایه اعتزالها فی حلیه الثانیه .

و مثل الموثق فی الدلاله صحیح عبد اللّه سنان، عن الصّادق (علیه السلام): «إذا کانت عند الرّجل الأختان المملوکتان فنکح إحدیهما، ثمّ بدا له فی الثانیه فنکحها فلیس ینبغی له أن ینکح الأخری حتّی تخرج الأولی من ملکه یهبها أو یبیعها، فإن وهبها لولده یجزیه»(۳).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۳۲ح۷

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۸۸ح۴۹

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۸۸ح۴۸

و اما قول الشیخ «إن لم یعلم بتحریم ذلک جاز له الرّجوع إلی الأولی علی کلّ حال إذا أخرج الثانیه من ملکه» فیشهد له موثق الحلبیّ عن الصّادق (علیه السلام) قلت له: «الرّجل یشتری الأختین فیطأ إحدیهما ثمّ یطأ الأخری بجهاله، قال: إذا وطئ الأخری بجهاله لم تحرم علیه الأولی و إن وطئ الأخری و هو یعلم أنّها تحرم حرمتا علیه جمیعا»(۱) و غیره مما تضمن هذا المعنی و معنی قوله (علیه السلام) «حرمتا علیه جمیعا» ما قاله الشیخ: «یعنی به ما دامتا فی ملکه، و أمّا إذا زال ملک إحدیهما فقد حلّت له الأخری»(۲). قلت: و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال .

حصیله البحث:

لو تزوّج الأمّ و ابنتها فی عقدٍ واحدٍ تخیّر احداهما، و کذلک لو جمع بین الأختین او تزوّج خمسا فی عقده واحده, و لو تزوّج امرأه أخری فتبین انها أخت امرأته فرّق بینه و بین الّتی تزوّجها، و لا یقرب الاولی حتّی تنقضی عدّه الثانیه , و لو وطی ء إحدی الأختین المملوکتین حرمت الأخری حتّی تخرج الأولی عن ملکه، فلو وطی ء الثّانیه فعل حراماً فان کان عالما بتحریم ذلک حرمت علیه الأولی حتّی تموت الثانیه فإن أخرج الثانیه من ملکه لیرجع إلی الأولی لم یجز له الرّجوع إلیها، و إن أخرجها من ملکه لا لذلک جاز له الرّجوع إلی الأولی، و إن لم یعلم بتحریم ذلک جاز له الرّجوع إلی الأولی علی کلّ حال إذا أخرج الثانیه من ملکه .

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۸۸ح۵۵
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۹۱

عدم جواز تزوّج الأمه على الحرّه إلّا بإذنها

(الثانيه: لا يجوز أن يتزوّج أمه على حرّه إلّا بإذنها)

أمّا عدم الجواز بدون الإذن فلصحيح الحلبيّ، عن الصّادق (عليه السلام) قال: «يتزوّج الحرّه على الأمه و لا يتزوّج الأمه على الحرّه، و نكاح الأمه على الحرّه باطل- الخبر»(۱) و غيره .

(فلو فعل بدون اذنها وقف على إجازتها)

و يدلّ على جوازه مع الإذن خبر حذيفه بن منصور، عنه (عليه السلام): «سألته عن رجل تزوّج أمه على حرّه لم يستأذنها، قال: يفرّق بينهما، قلت: عليه أدب؟ قال: نعم اثنی عشر سوطا و نصف، ثمن حدّ الزّانی و هو صاغر»(۲)و مفهومه عدم التفريق مع استيذانها .

و أمّا توقف العقد على إجازتها كما هو شأن كلّ عقد فضوليّ ففيه: ان صحيح الحلبی المتقدم و صحيح الحسن بن زياد، عن الصّادق (عليه السلام): «تزوّج الحرّه على الأمه و لا تزوّج الأمه على الحرّه، و لا النصرانيّه و لا اليهوديّه على المسلمه، فمن

۱- الكافی (فی باب الحرّه يتزوّج الأمه، ۳۴ من نكاحه فی خبره الثانی)

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۴۴ح۴۲

فعل ذلک فنکاحه باطل»(۱) صریحان فی البطلان ولا یعارضهما خبر حذیفه لضعفه سندا .

و ما قیل: من ان المراد البطلان مع عدم الرّضا، فالنساء لا یرضین بضرّه حرّه فکیف بأمه.

ففیه: ان عقد الفضولی لا تأثیر له شرعا وان الاجازه تقوم مقام الصیغه عرفا مع تحقق باقی الشروط کما تقدم تحقیقه فی بیع الفضولی.

هذا و لو نکح الأمه علی الحرّه فلیس للحرّه إلّا إبطال عقد الأمه دون فسخ عقد نفسها کما دلّ علی ذلک الأخبار الاتیه المعتبره .

و قد یقال: بان للحره الخیار فی فسخ عقد نفسها استنادا الی صحیح سماعه، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام): «عن رجل تزوّج أمه علی حرّه فقال: إن شاءت الحرّه أن تقیم مع الأمه أقامت و إن شاءت ذهبت إلی أهلها، قال: قلت له: فإن لم ترض بذلک و ذهبت إلی أهلها أ له علیها سبیل إذا لم ترض بالمقام، قال: لا سبیل له علیها إذا لم ترض حین تعلم- الخبر»(۲).

ص:۷۹

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۴۴ح۴۱
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۴۵ح۴۳

و فیه: انه وقع تحریف فی الخبر و الصحیح روایه الکافی له «عنه، عنه (علیه السلام) فی رجل تزوّج امرأه حرّه و له امرأه أمه و لم تعلم الحرّه أنّ له امرأه أمه، قال: إن شاءت الحرّه أن تقیم مع الأمه أقامت و إن شاءت ذهبت إلی أهلها- الخبر»(۱) فتری أنّ التّهذیب بدّل سؤال سماعه «فی رجل تزوّج امرأه حرّه و له امرأه أمه و لم تعلم الحرّه أنّ له امرأه أمه» بقوله «عن رجل تزوّج أمه علی حرّه» و حینئذ فیکون جوابه (علیه السلام) لتزوّج الحرّه علی أمه بدون اطلاع الحرّه بأنّه یکون لها حقّ الفسخ، لا إذا تزوّج الأمه علی الحرّه فإنّه إذا لم ترض یکون عقد الأمه باطلا لا أنّ للحرّه حقّ الفسخ فی نکاح نفسها. و رواه نوادر الأشعریّ أیضا مثل الکافی، و نقله البحار عن کتاب الحسن بن محبوب مثل ما فی الکافی.

و الظاهر أنّ الأصل فی تحریف الخبر المفید فهو واقع فی طریق الشیخ إلی الحسن بن محبوب و الدّلیل علی أنّه الأصل، أنّه قال: «و من تزوّج بأمه و عنده حرّه و لم تعلم بذلک فهی بالخیار، إن شاءت أن تمضی نکاحه أمضته و إن شاءت أن تفسخه فسخته و إن شاءت أن تفارقه اعتزلته ففارقته بذلک، و لم یکن له علیها سبیل»(۲) و نقل التّهذیب کلامه ثمّ استدلّ له بخبر سماعه دلیلا علی حقّها فی فسخ عقد نفسها، مع أنّ اختیارها فی فسخ عقد نفسها إنّما هو فی ما إذا کان عنده امرأه أمه أوّلا فنکح حرّه علیها و لم تعلم بذلک فلها حقّ الفسخ فی عقد نفسها لا الأمه,

---

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۵۹ح۴

۲- المقنعه (للشیخ المفید)؛ ص۵۰۶؛ باب ۹ باب العقود علی الإماء.

كما يدلّ عليه أيضا صحيح يحيى بن عبد الرّحمن الأزرق قال: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن رجل كانت له امرأه وليده فتزوّج حرّه و لم يعلمها بأنّ له امرأه وليده، فقال: إن شاءت الحرّه أقامت و إن شاءت لم تقم»(۱).

(و كذا لا يجوز للحر أن يتزوج الأمه مع قدرته على تزويج الحره أو مع عجزه إذا لم يخش العنت)

ذهب إلى عدم الجواز العمانيّان و المفيد و فى المبسوطين و القاضى لكن قال المفيد و القاضى: لو فعل أثم و ينعقد العقد , ويشهد لهم ظاهر صحيح زراره، عن الباقر (عليه السلام): «سألت عن الرّجل يتزوّج الأمه، قال: لا إلّا أن يضطرّ إلى ذلك»(۲) و غيره مما تضمنه , وفيه ما سيأتى.

(و قيل: يجوز و هو مشهور فعلى الأول لا يباح الّا بعدم الطول و خوف العنت، و تكفى الأمه الواحده، و على الثانى اثنتان)

و ذهب إلى الجواز مع الكراهه الصدوقان و الحلبى و النهايه و ابن حمزه و الأصل فيه قوله تعالى {وَ مَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنٰاتِ الْمُؤْمِنٰاتِ فَمِنْ مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُكُمْ مِنْ فَتَيٰاتِكُمُ الْمُؤْمِنٰاتِ، وَ اللّٰهُ أَعْلَمُ بِإِيمٰانِكُمْ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَ آتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنٰاتٍ غَيْرَ مُسٰافِحٰاتٍ وَ لٰا مُتَّخِذٰاتِ أَخْدٰانٍ، فَإِذٰا أُحْصِنَّ فَإِنْ

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۴۵ح۴۴

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۶۰ح۶

أَتَيْنَ بِفٰاحِشَهٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مٰا عَلَى الْمُحْصَنٰاتِ مِنَ الْعَذٰابِ ذٰلِکَ لِمَنْ خَشِیَ الْعَنَتَ مِنْکُمْ، وَ أَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَکُمْ وَ اللّهُ غَفُورٌ رَحِيم}.

اقول: الايه لا ظهور لها بالحرمه بل غايه ما تدل عليه هی الكراهه, و اما صحيح زراره المتقدم فباقی النصوص شاهده و قرينه على ان المراد منه الكراهه مثل معتبر يونس عنهم (عليه السلام): «لا ينبغی للمسلم الموسر أن يتزوّج الأمه إلّا أن لا يجد حرّه، فكذلك لا ينبغی له أن يتزوّج امرأه من أهل الكتاب إلّا فی حال الضروره حيث لا يجد مسلمه حرّه و لا أمه»(١).

و معتبر أبی بصير، عن الصّادق (عليه السلام): «لا ينبغی للحرّ أن يتزوّج الأمه و هو يقدر على الحرّه- الخبر»(٢) و غيرها من الاخبار.

و يدلّ على الجواز أخبار جواز تزويج الحرّه على الأمه، و أخبار عدم تزويج الأمه على الحرّه، و أخبار تزويج الحرّه و عنده أمه و لا تعلم الحرّه، و قد تقدّمت فی المسأله السّابقه.

حصيله البحث:

١- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ٣۶٠ح٨

٢- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ٣۶٠ح٩

لاـ يجوز أن يتزوّج أمةً على حرّةٍ إلّا بإذنهـا و لو فعل كان باطلا، نعم لو تزوّج حرّه و لم يعلمها بأنّ له امرأه مملوكه كانت الحره مخيره إن شاءت أقامت معه و إن شاءت فسخت , و يكره أن يتزوّج الأمه مع قدرته على زواج الحرّه .

حكم من تزوج امرأه فی عدتها

(الثالثه: من تزوج امرأه فی عدتها، بائنه كانت أو رجعیه) أو عده وفاه أو عده شبهه و لعله غلب علیهما اسم البائنه (عالما بالعده و التحريم بطل العقد و حرمت) علیه(أبدا) و لا فرق بین العقد الدائم و المنقطع فیهما لإطلاق النصوص الشامل لجمیع ما ذكر.

و اما حرمتها مؤبـدا فلعده روايات كموثقه اديم بن الحر: «قال أبو عبد اللّه (علیه السـلام): «التی تتزوج و لها زوج یفرّق بینهما ثم لا يتعاودان ابدا»(۱) و غيرها.

و مقتضـی اطلاقها ثبوت الحرمه المؤبـده حتی مع الجهل و عـدم الـدخول , الّا ان فی مقابلها صـحیحه عبـد الرحمن بن الحجاج: «سـألت أبـا عبـد اللّه (علیه السـلام) عن رجـل تزوج امرأه و لهـا زوج و هو لاـ يعلم فطلقهـا الاـول أو مـات عنها ثم علم الاخير أ يراجعها؟ قال: لا حتی تنقضی عدتها»(۲).

۱- وسائل الشيعه ۱۴: ۳۴۱ الباب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ۱
۲- وسائل الشيعه ۱۴: ۳۴۱ الباب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ۳

و هی وارده فی صوره الجهل، و مقتضاها عدم تحقق الحرمه المؤبده مع فرض الجهل سواء تحقق الدخول أم لا.

و اللازم علی هذا تخصیص الاولی بالثانیه و تکون النتیجه هی تحقق الحرمه المؤبده فی صوره العلم و عدمها فی صوره الجهل من دون فرق فی کلتا الحالتین بین فرض تحقق الدخول و عدمه.

هذا و یوجد فی مقابل الصحیحه الثانیه صحیحه ثالثه رواها زراره عن ابی جعفر (علیه السلام): «إذا نعی الرجل إلی أهله أو أخبروها انه قد طلقها فاعتدت ثم تزوجت فجاء زوجها الاول فان الاول احق بها من هذا الاخیر دخل بها الاول أو لم یدخل بها و لیس للاخر ان یتزوجها ابدا و لها المهر بما استحلّ من فرجها»(۱) و هی تدل علی تحقق الحرمه المؤبده مع فرض الدخول.

و هذه ان کانت ناظره إلی خصوص حاله الجهل کالصحیحه الثانیه کانت- الثالثه - أخص مطلقا منها – الثانیه - فتخصصها بفرض عدم الدخول، و تکون النتیجه انتفاء الحرمه المؤبده مع الجهل و عدم الدخول و ثبوتها مع فرض الجهل و الدخول، و اما حاله العلم فالحرمه المؤبده ثابته فیها للموثقه.

هذا لو فرض ان الصحیحه الثالثه ناظره إلی خصوص حاله الجهل.

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۳۴۲ الباب ۱۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره الحدیث ۶

و اما إذا كانت مطلقه من هذه الناحيه فتكون النسبه بينهما- الثانيه و الثالثه- هى العموم من وجه. و يتعارضان فى فرض الجهل و الدخول و يتساقطان فيه و يلزم الرجوع بعد التساقط إلى اطلاق موثقه اديم لان المقيد له- و هو الصحيحه الثانيه- مبتلى بالمعارض. و بذلك نصل إلى النتيجه نفسها أيضا.

(و إن جهل أحدهما) العده أو التحريم (أو جهلهما حرمت إن دخل) بها قبلا أو دبرا على الخلاف فى تحقق الدخول فى الدبر (و إلّا فلا)

و لو اختص العلم بأحدهما دون الآخر اختص به حكمه و إن حرم على الآخر التزويج به من حيث المساعده على الإثم و العدوان.

و قد تقدم الاستدلال على ذلك الّا اننا فى غنى عن هذا الاستدلال و ذلك لوجود طائفه من النصوص تصرح بهذا التفصيل كما فى صحيح الحلبىّ عنه (عليه السلام): «إذا تزوّج الرّجل المرأه فى عدّتها و دخل بها لم تحلّ له أبدا، عالما كان أو جاهلا، و إن لم يدخل بها حلّت للجاهل و لم تحلّ للآخر»(۱).

و صحيحه الاخر عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن المرأه الحبلى يموت زوجها فتضع و تزوّج [تتزوّج ظ] قبل أن تمضى لها أربعه أشهر و عشرا، فقال:إن كان دخل بها فرّق بينهما، ثمّ لم تحلّ له أبدا و اعتدّت بما بقى عليها من الأوّل و استقبلت عدّه

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۲۶ح۲

اخری من الآخر ثلاثه قروء، و إن لم یکن دخل بها فرّق، و اعتدّت بما بقی علیها من الأوّل و هو خاطب من الخطّاب»(۱).

و صحیح محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام) قلت له: «المرأه الحبلی یتوفّی عنها زوجها فتضع و تتزوّج قبل: أن تعتدّ أربعه أشهر و عشرا، فقال: إن کان الذی تزوّجها دخل بها فرّق بینهما و لم تحلّ له أبدا، و اعتدّت بما بقی علیها من عدّه الأوّل و استقبلت اخری من الأخری ثلاثه قروء , و إن لم یکن دخل بها فرّق بینهما و أتمّت ما بقی من عدّتها و هو خاطب من الخطّاب»(۲).

و صحیح إسحاق بن عمّار، عن الکاظم (علیه السلام): قلت: «بلغنا عن أبیک أنّ الرّجل إذا تزوّج المرأه فی عدّتها لم تحلّ له أبدا، فقال: هذا إذا کان عالما فإذا کان جاهلا فارقها و تعتدّ، ثمّ یتزوّجها نکاحا جدیدا»(۳) و غیرها.

حصیله البحث:

من تزوّج امرأهً فی عدّتها بائنهً کانت أو رجعیّهً عالماً بالعدّه و التّحریم بطل العقد و حرمت أبدا، و إن جهل أحدهما أو جهلهما حرمت إن دخل و إلّا فلا, و لو

ص:۸۶

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۲۷ح۴

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۲۷ح۵

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۲۸ح۱۰

اختص العلم بأحدهما دون الآخر اختص به حكمه و إن حرم على الآخر التزوج معه من حيث المساعده على الإثم و العدوان.

حكم الزواج بذات البعل

هذا و قال الشهيد الثانی: «و فی إلحاق ذات البعل بالمعتده وجهان من أن علاقه الزوجیه فیها أقوی و انتفاء النص و الأقوی أنه مع الجهل و عدم الدخول لا تحرم... و إنما یقع الاشتباه مع الجهل و الدخول أو العلم مع عدمه و وجه الإشکال من عدم النص علیه بخصوصه»(۱).

اقول: الکلام یقع فی مسالتین مع العلم و عدم الدخول او مع الجهل و الدخول.

الاولی: ما اذا کان مع العلم و عدم الدخول فقد یقال: بإلحاق ذات البعل بالمعتده بدعوی الاولویه القطعیه و ان الزواج بالمعتده إذا أوجب الحرمه الابدیه فالزواج بذات البعل اولی بایجابه لذلک , ویؤید ذلک مرفوع أحمد بن محمّد: «أنّ الرّجل إذا تزوّج المرأه و علم أنّ لها زوجا فرّق بینهما و لم تحلّ له أبدا»(۲) , قلت: و هو الاقوی و ذلک لان الاولویه هنا انما هی بالظهور العرفی و فهمه فلا یری العرف فرقا بین المعتده الرجعیه مثلا التی هی فی الحقیقه زوجه و بین ذات البعل و علیه

ص:۸۷

۱- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (المحشی - سلطان العلماء)؛ ج ۲، ص: ۹۰

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۲۹ح۱۱

فلا یمکن ان یقال: ان الاولویه ممنوعه، لان الاحکام الشرعیه تعبدیه و لا طریق لنا إلی معرفه ملاکاتها.

الثانیه: ما اذا کان مع الجهل و الدخول فذهب الشیخ الی عدم الحرمه استنادا الی صحیح عبد الرّحمن بن الحجّاج، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن رجل تزوّج امرأه و لها زوج و هو لا یعلم فطلّقها الأوّل أو مات عنها، ثمّ علی الأخیر أ یراجعها؟ قال: لا حتّی تنقضی عدّتها»(۱) و ظاهره أنّه إذا کان جاهلا لم تحرم علیه و لو مع الدّخول.

و صحیح الحسن بن محبوب، عن عبد الرّحمن، عنه (علیه السلام): «سألته عن رجل تزوّج امرأه، ثمّ استبان له بعد ما دخل بها أنّ لها زوجا غائبا فترکها، ثمّ إنّ الزّوج قدم فطلّقها أو مات عنها أ یتزوّجها بعد هذا الذی کان تزوّجها و لم یعلم أنّ لها زوجا؟ قال: فقال: ما أحبّ له أن یتزوّجها حتّی تنکح زوجا غیره»(۲) و قال: «فالوجه فیه ضرب من الکراهیه و لأجله قال: «و لا أحبّ له» و لم یقل «و لا یجوز» ثمّ قال: «و الوجه فی الخبرین عندی أنّه إنّما کان یجوز له أن یتزوّجها إذا لم تتعمّد المرأه التزویج مع علمها بأنّ زوجها باق» .

۱- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۱۸۸ح۱

۲- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۱۸۸ح۲

اقول: الّا انهما معارضان بموثق زراره عنه (علیه السلام) «فی امرأه فقدت أو نعی إلیها فتزوّجت، ثمّ قدم زوجها بعد ذلک، قال: تعتدّ منهما جمیعا ثلاثه أشهر عدّه واحده و لیس للأخیر أن یتزوّجها أبدا»(۱).

و معتبره الآخر «دخل بها أو لم یدخل و لیس للأخیر أن یتزوّجها أبدا، و لها المهر بما استحلّ من فرجها»(۲) وروی الشیخ عن عبد اللّه بن بکیر، عن أبی جعفر (علیه السلام) مثله(۳) و قال: «الخبران محمولان علی علم الزّوج» .

قلت: و الاقوی عدم التحریم و ذلک لانهما اما ان یتساقطا و المرجع عموم قوله تعالی: {وَ أُحِلَّ لَکُمْ مٰا وَرٰاءَ ذٰلِکُم} و اما ان نقول بترجیح الطائفه الاولی لانها موافقه للکتاب و النتیجه واحده .

حصیله البحث:

ص:۸۹

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۰۸ح۳۷

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۸۸ ح۱۶۹

۳- تهذیب الأحکام ص: ۴۸۸ ح ۱۷۰ و هو عین الحدیث السابق و الظاهر وقوع التحریف فی سنده فعبد الله بن بکیر بدل «موسی بن بکر» و سقط منه زراره کما یشهد له اقتصار الفقیه علی ذلک السّند و کیف و ابن بکیر لم یرو عن الباقر (علیه السلام) أصلا.

حکم الزواج بذات البعل فاما مع الجهل فلا تحرم و ان دخل بها, و اما مع العلم و عدم الدخول فالاقوی انها تحرم .

حکم المزنی بها ذات البعل و غیرها

(الرابعه: لا تحرم المزنی بها علی الزانی الّا أن تکون ذات بعل)

ففی صحیح أبی بصیر، عن الباقر (علیه السلام): «سئل عن امرأه کان لها زوج غائبا عنها فتزوّجت زوجا آخر؟فقال: إن رفعت إلی الإمام ثمّ شهد علیها شهود أنّ لها زوجا غائبا عنها و أنّ مادته و خبره یأتیها منه. و أنّها تزوّجت زوجا آخر کان علی الإمام أن یحدّها و یفرّق بینها و بین الذی تزوّجها، قیل له: فالمهر الذی أخذته منه کیف یصنع به؟ قال: إن أصاب منه شیئا فلیأخذه و إن لم یصب منه شیئا فإنّ کلّ ما أخذت منه حرام علیها مثل أجر الفاجره»(۱).

و اما ان من زنی بذات البعل حرمت علیه مؤبدا فیشهد له اطلاق موثق أدیم بن الحرّ، عن الصّادق (علیه السلام): «الّتی تتزوّج و لها زوج یفرّق بینهما، ثمّ لا یتعاودان أبدا» و مورد الموثق وان کان التزوّج و لکن التزوّج لبطلانه مع العلم بالبطلان یکون زنا.

و استدلّ لذلک ایضا:

۱- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۱۸۹ح۳

۱- بالاولویه القطعیه و ان الزواج بذات البعل إذا أوجب الحرمه الابدیه فالزنا بها اولی بایجابه لذلک.

و فیه: ان الاولویه ممنوعه، فان الاحکام الشرعیه تعبدیه و لا طریق لنا إلی معرفه ملاکاتها.

۲- و بما فی الفقه الرضوی: «و من زنی بذات بعل محصنا کان أو غیر محصن ثم طلقها زوجها أو مات عنها و أراد الذی زنی بها أن یتزوج بها لم تحل له أبدا»(۱).

و فیه: ان الکتاب المذکور لم تثبت نسبته إلی إمامنا الرضا (علیه السلام) لیمکن الاعتماد علیه.

۳- ودعوی الاجماع التی نقلها بعض الفقهاء.

و فیه: ان تحقق الاجماع غیر ثابت. و علی تقدیر ثبوته لا یمکن الحکم بحجیته لکونه محتمل المدرک.و مع عدم ثبوت الدلیل علی الحرمه المؤبده یمکن التمسک لإثبات الحلیه و ترتب الاثر بعموم قوله تعالی: وَ أُحِلَّ لَکُمْ مٰا وَرٰاءَ ذٰلِکُم}.

۱- مستدرک الوسائل ۱۴: ۳۸۷ الرقم ۱۷۰۴۸

حکم الزواج بالمعتده

و اما الزواج بالمعتده من الغیر فحرمته من ضروریات الدین.

و قد دلّ علی ذلک الکتاب الکریم فی الجمله. قال تعالی: {وَ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ یَنْکِحْنَ أَزْواجَهُنَّ إِذا تَراضَوْا بَیْنَهُمْ بِالْمَعْرُوف}(۱) فانها بالمفهوم تدل علی المطلوب.

و قال: {والْمُطَلَّقاتُ یَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَه قُرُوء}(۲) فان المقصود من وجوب التربص, و لا أقلّ بقرینه الآیه الاولی هو الامتناع عن الزواج.

و قال تعالی: {یا أَیُّهَا النَّبِیُّ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَ أَحْصُوا الْعِدَّه}(۳) فانه لا معنی لإحصاء العده الا اذا فرض حرمه الزواج فیها.

و قال: {وَ الَّذِینَ یُتَوَفَّوْنَ مِنْکُمْ وَ یَذَرُونَ أَزْواجاً یَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَه أَشْهُرٍ وَ عَشْراً فَإِذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا جُناحَ عَلَیْکُمْ فِیما فَعَلْنَ فِی أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوف}(۴) فانه لا معنی لوجوب التربص- و لو بقرینه ذیلها- الّا حرمه زواجها بالغیر.

ص:۹۲

۱- البقره: ۲۳۲

۲- البقره: ۲۲۸

۳- الطلاق: ۱

۴- البقره: ۲۳۴

و اما الروایات فیمکن استفاده ذلک من صحیحه عبد الرحمن بن الحجاج عن ابی ابراهیم (علیه السلام): «سألته عن الرجل یتزوج المرأه فی عدتها بجهاله أ هی ممن لا تحل له أبدا؟ فقال: لا، اما إذا کان بجهاله فلیزوجها بعد ما تنقضی عدتها و قد یعذر الناس فی الجهاله بما هو أعظم من ذلک فقلت: بأی الجهالتین یعذر بجهالته ان ذلک محرم علیه أم بجهالته انها فی عده؟ فقال: احدی الجهالتین اهون من الاخری، الجهاله بان اللّه حرّم ذلک علیه، و ذلک بانه لا یقدر علی الاحتیاط معها فقلت: و هو فی الاخری معذور؟ قال: نعم إذا انقضت عدتها فهو معذور فی ان یتزوجها ...»(۱) و غیرها.

و اما التقیید بما إذا کانت العده من الغیر فباعتبار ان ذلک هو المفهوم عرفا من نصوص تشریع العده.

و اذا شکک فی ذلک امکن التمسک بنصوص الزواج المؤقت الداله علی جواز تجدید الزوج العقد فی العده , بعد ضم عدم القول بالفصل کما فی صحیح محمد بن مسلم حیث سأل ابا عبد اللّه (علیه السلام) عن المتعه فقال: «ان اراد ان یستقبل امرا

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۳۴۵ الباب ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهره الحدیث ۴

جدیدا فعل، و لیس علیها العده منه، و علیها من غیره خمسه و اربعون لیله»(۱) و غیره.

حکم الزنا بالمعتده الرجعیه

و اما الزنا بالمعتده الرجعیه فکذلک تحرم علیه مؤبدا و استدل له بمقدمتین:

۱- ان المعتده الرجعیه زوجه حقیقه خلافا للقول بترتب احکام الزوجه علیها من دون ان تکون زوجه حقیقه.

۲- ان الزنا بذات البعل موجب للحرمه المؤبده کما تقدم اثباته.

اما المقدمه الاولی فیدل علیها مفهوم صحیحه سعد بن ابی خلف: «سألت ابا الحسن موسی (علیه السلام) عن شی ء من الطلاق فقال: «إذا طلّق الرجل امرأته طلاقا لا یملک فیه الرجعه فقد بانت منه»(۲) و غیرها مما اشتمل علی التعبیر بکلمه «بانت»، فانها ظاهره فی بینونه الزوجیه نفسها - لا بینونه احکامها - فی الطلاق البائن, و علیه فبقاء الزوجیه و عدم بینونتها فی الطلاق الرجعی لا یکون الّا بانقضاء العده.

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۴۷۵ الباب ۲۳ من أبواب المتعه الحدیث ۱

۲- وسائل الشیعه ۱۵: ۴۳۶ الباب ۲۰ من أبواب العدد الحدیث ۱

هذا و لم یذکر الشیخان و المرتضی و الحلبیّ و القاضی و ابن حمزه و ابن ادریس سوی حرمه ذات البعل و المعتدّه رجعیّه الّتی هی زوجه فیخرج الزّنا بمن فی عدّه البائن و إنّما الدّیلمیّ أطلق فقال: «ذات بعل أو فی عدّه».

حکم الزنا بالبائنه او المعتده بعده الوفاه

و بذلک یظهر ان الحکم مختص بالمعتده الرجعیه دون البائنه او المعتده بعده الوفاه و ذلک للاصل المستفاد من قوله تعالی: {وأُحِلَّ لَکُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِکُم} بعد قصور المانع عن الشمول لغیر المعتده الرجعیه.

(و لا تحرم الزانیه و لکن یکره تزویجها علی الأصح)

أمّا اصل عدم حرمتها إذا لم تکن ذات بعل فیدل علیه صحیح عبید اللّه الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام): «أیّما رجل فجر بامرأه، ثمّ بدا له أن یتزوّجها حلالا، قال: أوّله سفاح و آخره نکاح، و مثله مثل النخله أصاب الرّجل من تمرها حراما، ثمّ اشتراها بعد فکانت له حلالا»(۱), و غیره.

و أمّا کراهتها مطلقا للزانی و لغیره عند المصنف فهو الظاهر من خبر زراره، عن الصّادق (علیه السلام) سألته عن قوله تعالی {الزَّانِی لَا یَنْکِحُ إِلَّا زَانِیَةً أَوْ مُشْرِکَةً} قال: هنّ نساء

ص:۹۵

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۵۶ح۲

مشهورات بالزّنا و رجال مشهورون بالزّنا شهروا به و عرفوا به، و النّاس اليوم بذلك المنزله، فمن أقيم عليه حدّ الزّنا أو متّهم بالزّنا لم ينبغ لأحد أن يناكحه حتّى يعرف منه التوبه و خبر أبى الصباح الكنانىّ الذى هو بمضمون خبر زراره(۱) فان قوله (عليه السلام) «لم ينبغ لأحد » ظاهر فى الكراهه لو لم تتب.

لكنهما مع ضعفهما سندا معارضان بما دل على حرمه الزواج بها ما لم تتب كما ذهب اليه المفيد و الدّيلمىّ و يشهد لقولهما ما فى صحيح أبى بصير سألته «عن رجل فجر بامرأه ثمّ أراد بعد أن يتزوّجها، فقال: إذا تابت حلّ له نكاحها، قلت: كيف تعرف توبتها؟ قال:يدعوها إلى ما كانا عليه من الحرام فإن امتنعت و استغفرت ربّها عرف توبتها»(۲).

و موثق عمّار، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن الرّجل يحلّ له أن يتزوّج امرأه كان يفجر بها، فقال: إن آنس منها رشدا فنعم و إلّا فليراودنّها على الحرام فإن تابعته فهى عليه حرام، و إن أبت فليتزوّجها»(۳).

و موثق إسحاق بن جرير، عن الصّادق (عليه السلام) قلت له: «الرّجل يفجر بالمرأه، ثمّ يبدو له فى تزويجها هل يحلّ له ذلك؟ قال: نعم إذا هو اجتنبها حتّى تنقضى

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۵۴ح۲

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۲۸ح۶

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۵۶ح۱

عدّتها يبدو له فی تزويجها هل يحل له ذلک؟ قال: نعم إذا هو اجتنبها حتّی تنقضی عدّتها باستبراء رحمها من ماء الفجور، فله أن يتزوّجها، و إنّما يجوز له أن يتزوّجها بعد أن يقف علی توبتها»(۱).

و مفهوم صـحيح محمّـد بن مسـلم، عن أحدهما عليهما السّـلام: «لو أنّ رجلا فجر بامرأه ثمّ تابا فتزوّجها لم يكن عليه شـی ء من ذلک»(۲) ومفهومه لو لم يتوبا كان عليه شیء. وعلی الحرمه يمكن حمل الخبرين المتقدمين.

و اما الاطلاقات الـداله علی جواز التزوج بها فهی مقيـده بما لو تابت كما تقـدمت النصوص الـداله علی ذلک لكن هنالک مقيد اخر و هو التفصـيل بين المعلنه فلابـد من توبتهـا فلاـ يجوز نكاحها و بين غيرها فيجوز، كما دل علی ذلک موثق حكم بن حكيم عن أبی عبد اللَّه ع «فی قوله عزَّ و جل {وَ الزَّانِيَهُ لا يَنْكِحُها إِلَّا زانٍ أَوْ مُشْرِكٌ} قال إنَّما ذلک فی الجهر ثمَّ قال لو أنَّ إنساناً زنی ثمَّ تاب تزوَّج حيث شاء»(۳).

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۵۶ح۴

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۲۷ح۲

۳- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۵۵ح۶

و صحیح الحلبی: «قال أبو عبد اللّه (علیه السلام): لا تتزوج المرأه المعلنه بالزنا و لا یتزوج الرجل المعلن بالزنا الّا بعد أن تعرف منهما التوبه»(۱).

و علیه فلابد من تقیید الطائفه الداله علی الجواز مطلقا بهذه و تکون النتیجه هی الجواز فی غیر المعلنه. و بعد هذا التقیید تصبح الطائفه الداله علی الحرمه أخص مطلقا من الطائفه الاولی فتخصصها و تصبح النتیجه هی اختصاص الحرمه بالمعلنه و الجواز فی التائبه و غیر المعلنه.

و قد یناقش باعتبار ان صحیحه الحلبی یلزم حملها علی التنزیه دون التحریم بقرینه السیاق لأنه ورد فی فقرتها الثانیه «و لا یتزوج الرجل ...»، و مضمون الفقره المذکوره لا یمکن الالتزام به للجزم بعدم الحرمه فی جانب الرجل.

و فیه: اولا انه هذا المعنی ورد فی صحیحه الحلبی فقط و اما موثق فخال عن هذا الاشکال.

و ثانیا: انه لم یعنون المتقدمون ذلک لا- انهم اعرضوا عنه علی انه یظهر من الشیخ فی التهذیب العمل به حیث لم یعلق علی الحدیث بشیء(۲).

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۳۳۵ الباب ۱۳ من أبواب ما یحرم بالمصاهره الحدیث ۱

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۲۷ح۵

و ثالثا: ان هذا المعنى مما دلت عليه الايه المباركه كما فى خبر محمّد بن مسلم عن أبى جعفر ع «فى قوله عزّ و جلّ {الزّانى لا ينكح إلّا زانيةً أو مشركةً} قال هم رجالٌ و نساءٌ كانوا على عهد رسول اللّه ص مشهورين بالزّنا فنهى اللّه عزّ و جلّ عن أولئك الرّجال و النّساء و النّاس اليوم على تلك المنزله من شهر شيئاً من ذلك أو أقيم عليه الحدّ فلا تزوّجوه حتّى تعرف توبته»(۱) وسياتى تحقيقه.

هذا و تبقى صحيحه على بن رئاب: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن المرأه الفاجره يتزوجها الرجل المسلم قال: نعم و ما يمنعه و لكن إذا فعل فليحصّن بابه مخافه الولد»(۲).

و موثق عمّار السّاباطى «قال سألت أبا عبد اللّه ع عن المرأه الفاجره يتزوّجها الرّجل فقال لى و ما يمنعه و لكن إذا فعل فليحصن بابه»(۳).

و مرسل الحلبى حيث قال أخبرنى من سمع أبا جعفرٍ ع قال: «فى المرأه الفاجره الّتى قد عرف فجورها أ يتزوّجها الرّجل قال و ما يمنعه و لكن إذا فعل فليحصن بابه»(۴) الظاهره فى صحه التزوج بالفاجره حتى لو لم تتب .

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۵۴ح۳

۲- وسائل الشيعه ۱۴: ۳۳۴ الباب ۱۲ من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ۶

۳- النوادر(للأشعرى)، ص: ۱۳۳ح۳۴۲

۴- النوادر(للأشعرى)، ص: ۱۳۵ح۳۴۸

قلت: تنحصر روایه هذه الاخبار الثلاثه بقرب الاسناد(۱) و النوادر مع ضعف اخیرها بالارسال و ضعف ثانیها بعمار الساباطی لما تقدم من شذوذ روایاته فلم تبق الّا صحیحه علی بن رئاب التی اعرض عن روایتها المشایخ الثلاثه و مخالفه للموثق المتقدم المفسر للایه المبارکه {الزّانِی لَا یَنکِحُ إِلّا زَانِیَهً أَوْ مُشْرِکَهً وَالزّانِیَهُ لَا یَنکِحُهَا إِلّا زَانٍ أَوْ مُشْرِکٌ وَحُرّمَ ذلِکَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ}(۲) و ان المراد من الایه المبارکه هو حرمه التزوج بالمشهورات والمشهورین بالزنا و اما غیر المشهورات و المشهورین بالزنا فالایه ساکته عن ذلک و لا مفهوم لها غیر مفهوم اللقب و لا عبره به و حاصل معنی قوله تعالی {وَحُرّمَ ذلِکَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ } هو حرمه العقد علی المشهُورین بالزّنا من الرجال و النساء و التزوج بهم و بهن و معنی صدر الایه المبارکه هو: انه لا یفعل هذا الفعل الحرام - اعنی التزوج- الّا زان او مشرک... و علیه فلا یرد ما قیل من انه لو کان المراد من لفظ النکاح هو التزویج فی الایه المبارکه لکان یستلزم القول بإباحه نکاح المسلم الزانی المشرکه، و بإباحه نکاح المشرک المسلمه الزانیه، و هذا مناف لظاهر الکتاب العزیز، و لما ثبت من سیره المسلمین(۳). و یؤید الموثق فی تفسیر الایه ما تقدم من اخبار زراره و الکنانی و محمد بن مسلم ایضاً.

ص:۱۰۰

۱- قرب الإسناد (ط - الحدیثه)، متن، ص: ۱۶۶ح۶۰۹

۲- النور ایه ۳

۳- البیان فی تفسیر القران للمحقق الخوئی ص ۳۶۱

ثم انه اذا أراد الزانی التزوج بمن زنی بها فهل یلزمه استبراؤها؟ قد یقال: نعم لموثقه اسحاق بن حریز عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «قلت له: الرجل یفجر بالمرأه ثم یبدو له فی تزویجها هل یحل له ذلک؟ قال: نعم إذا هو اجتنبها حتی تنقضی عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله ان یتزوجها ...»(۱), و بها عمل الکافی و الشیخ فی التهذیب نعم لو اعرض الاصحاب عن الفتوی بها تسقط عن الحجیه و اما ان لم تعنون المساله فی کتبهم فلا یمکن القول باعراضهم عنه فلابد من مراجعه کلماتهم.

(و لو زنت امرأته لم تحرم علیه علی الأصح و ان اصرت)

کما فی صحیح عبّاد بن صهیب، عن جعفر بن محمّد علیهما السّلام: «لا بأس أن یمسک الرّجل امرأته إن رآها تزنی إذا کانت تزنی و إن لم یقم علیه الحدّ، فلیس علیه من إثمها شی ء»(۲) و غیره.

حصیله البحث:

لاـ تحرم المزنیّ بها علی الزّانی إلّا أن تکون ذات بعلٍ، و الزنا بالمعتده الرجعیه موجب لحرمتها علی الزانی مؤبدا دون البائنه او المعتده بعده الوفاه , و لا تحرم

ص:۱۰۱

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۲۷ح۴

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۳۱ح۲۰ و الظاهر أنّ قوله «إن رآها تزنی» و قوله «إذا کانت تزنی»، کان أحدهما نسخه بدلیّه فأدخلت فی المتن.

الزّانيه التائبه و غير المعلنه و يحرم التزوج بالمعلنه و يحرم العقد على المشهُورين بالزّنا من الرجال و النساء و التزوج بهم و بهن، و يجب استبراء الزانيه من ماء الفجور لمن اراد التزوج بها و لو من الزانى و تكفى الحيضه, و لو زنت امرأةٌ لم تحرم عليه و إن أصرّت .

حكم من أوقب غلاما أو رجلا

(الخامسه: من أوقب غلاما أو رجلا حرمت على الموقب أم الموطوء و أخته و بنته)

كما دلت على ذلک صحيحه ابن ابى عمير عن بعض اصحابنا عن ابى عبد اللّه (عليه السلام): «رجل يعبث بالغلام قال: إذا أوقب حرمت عليه ابنته و اخته»(۱)و قد ذكرنا ان روايات اصحاب الاجماع موثوق بها و عليه فلا مشكله من جهه الارسال .

و اما الام فيدل على حرمتها موثقه ابراهيم بن عمر عن أبى عبد اللّه (عليه السلام): «رجل لعب بغلام هل تحل له امه؟ قال: ان كان ثقب فلا»(۲).

۱- وسائل الشيعه ۱۴: ۳۳۹ الباب ۱۵ من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ۱

۲- وسائل الشيعه ۱۴: ۳۴۱ الباب ۱۵ من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ۷

هـذا و اقتصـر الكـافى فى عنوانه و روايته على الأـخت و الاـبن، لكن قـال بحرمه الثلاـث المفيـد و الـدّيلمىّ، و ادّعى الانتصار و الخلاف الإجماع عليه، و من الغريب أنّ الفقيه لم يرو أخباره اصلا .

ثمّ ظاهر تعبير المصـنّف «من أوقب» يشـمل الرّجل و غيره و صرّح بعض متاخرى المتاخرين بالتعميم لكن عرفت أنّ المستفاد من الموثقه تقييد الفاعل بالرجل و كذا عنوان الكافى «الرجل» فلا يشمل إيقاب غير البالغ .

و دعوى صـدق عنوان الرجـل على الفاعل و لو بعـد بلوغه فيقال انه «رجل لعب و ثقب» و ان كان ذلك قـد تحقق منه مسـبقا، و أيضـا التحريم خـارج مخرج الغـالب، مـدفوعه بان الاول مخالف للظاهر، فان ظاهر قول القائل «رجل ثقب» كونه فعل ذلك حال كونه رجلا، كقولنا: «مسافر صلّى قصرا» و الثانى مجرد احتمال لا يمنع من الرجوع إلى البراءه فى غير مورد النص.

نعم فى المفعول عامّ حيث لا خصوصيه لكون المفعول غلاما و ان كان مورد الموثقه هو الغلام.

ثم أنّ مورد الموثقه الإيقـاب بـالحىّ فقول الشّـهيد الثـانى: «لا فرق بين الحىّ و الميّت عملا بالإطلاق» كما ترى كما أنّ موردها الحرمه على الموقب فما حكاه الشيخ عن بعض الاصحاب من التحريم على المفعول أيضا، و لعله لاحتمال عود

الضمير فى الاخبار الى كل من الفاعل و المفعول(۱). ففيه: ان المحدث عنه هو الرجل و انها بلفظ التحريم على الموقب و الثاقب و ان ضمير الغائب يرجع الى الغلام دون الرجل و لو بقرينه عدم حكم الاصحاب بحرمه شى ء على المفعول.

و اما مرسل موسى بن سعدان قال: «كنت عند أبى عبد اللّه (عليه السلام) فأتاه رجل فقال له: جعلت فداك ما ترى فى شابّين كانا مصطحبين فولد لهذا غلام و للآخر جاريه أ يتزوّج ابن هذا ابنته هذا؟ فقال: نعم سبحان اللّه لم لا يحلّ فقال: إنّه كان صديقا له، قال: فقال: و إن كان فلا بأس، قال: إنّه كان يكون بينهما ما يكون بين الشبّان، قال: لا بأس قال: فقال: إنّه كان يفعل به، قال: فأعرض عنه بوجهه ثمّ أجابه و هو مستتر بذراعيه فقال: إن كان الذى كان منه دون الإيقاب فلا بأس أن يتزوّج فإن كان قد أوقب فلا يحلّ له أن يتزوّج»(۲) المتضمّن لحرمه ابنه المفعول على ابن الفاعل فمضافا لضعفه سندا لم أقف على من أفتى به.

(و لو سبق العقد على الفعل لم يحرمن)

و ذلك لان الموثقه و ان كانت مطلقه من هذه الناحيه الّا انه يستفاد من جمله النصوص الاخرى ان ما يطرأ بعد العقد لا يرتفع به الحل الثابت سابقا، كصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: «سئل عن الرجل يفجر بامرأه أ يتزوج

۱- الجواهر ۲۹: ۴۴۸

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۱۰ح ۴۳

ابنتها؟ قال: لا، و لكن ان كانت عنده امرأه ثم فجر بامها أو اختها لم تحرم عليه امرأته، ان الحرام لا يفسد الحلال»(۱) و غيرها, و موردها و ان كان هو الزنا الّا انه بعموم التعليل يمكن تسريه الحكم الى اللواط أيضا.

و اما صحيح ابن أبی عمیر، عن بعض أصحابه، عنه (علیه السلام) «فی رجل یأتی أخا امرأته، فقال: إذا أوقبه فقد حرمت علیه المرأه»(۲) الظاهر فی حرمه زوجته و لو بعد العقد و علیه فهو معارض للتعلیل الدال علی ان الحرام لا یفسد الحلال , و تعارضهما بالنص والظاهر و لا ریب من حمل الظاهر علی النص و علیه فیختص الحکم فیه بما کان عمله مع أخ المرأه قبل تزوّجها.

حصیله البحث:

لو أوقب الرجل غلاماً أو رجلًا حرمت علی الموقب أمّ الموطوء و أخته و بنته، و لو سبق العقد لم تحرم .

لو عقد المحرم بفرض أو نفل بحج أو عمره علی أنثی عالما بالتحریم

(السادسه: لو عقد المحرم بفرض أو نفل بحج أو عمره علی أنثی عالما بالتحریم حرمت أبدا بالعقد و ان جهل لم یحرم و ان دخل بها)

ص:۱۰۵

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۳۲۶ الباب ۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهره الحدیث ۱
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۱۸ح۴

اما حرمه العقد بل و بطلانه فممّا لا خلاف فيهما لصحيحه عبد اللّه بن المغيره عن أبى عبد اللّه (عليه السلام): «ليس للمحرم ان يتزوّج و لا يزوّج. و ان تزوّج أو زوّج محلا فتزويجه باطل»(۱) و غيرها.

و اما لو كان عالما بالتحريم حرمت عليه مؤبدا فهو المشهور، و مستنده موثقه زراره و داود بن سرحان و أديم بياع الهروىّ، عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) قال: الملاعنه- إلى- و المحرم إذا تزوّج و هو يعلم أنّه حرام عليه لم تحلّ له أبدا»(۲) الدّالّه بمنطوقها على حكم العلم و بمفهومها على عدم الحرمه و ان دخل بها.

و اما اطلاق خبر إبراهيم بن الحسن، عن الصّادق (عليه السلام) «أنّ المحرم إذا تزوّج و هو محرم فرّق بينهما، ثمّ لا يتعاودان أبدا»(۳) الشامل للعالم والجاهل فمقيد بما تقدم الدال على اختصاص الحكم بالعالم ومثله مرسل الفقيه: «قال (عليه السلام): من تزوّج امرأه فى إحرامه فرّق بينهما.و لم تحلّ له».

و بهذا التفصيل قال الشيخ فى نهايته و تبعه القاضى و أما المفيد فأفتى بالحرمه بالعقد مع العلم و لم يتعرّض للجهل و لا للدّخول ومثله المقنع، فقال: إذا تزوّج

۱- وسائل الشيعه الباب ۱۴ من أبواب تروك الاحرام الحديث ۱
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۲۶ح۱
۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۴، ص: ۳۷۲ح۳

المحرم فرّق بينهما و لم تحلّ له أبدا» و لا شاهد له غير إطلاق خبر إبراهيم بن الحسن المتقدّم وقد تقدم انه لابد من تقييده.

و حكم «الخلاف» بالتحريم بالعقد مع العلم و بالدّخول مع الجهل و تبعه الحلبيّ و ابن حمزه و الحليّ، و لا شاهد لهم بالنسبه الى حرمتها مع الدخول اذا كان عن جهل بل الدليل على العكس كما تقدم و يشهد له ايضا اطلاق صحيح محمّد بن قيس، عن الباقر (عليه السلام) «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل ملك بضع امرأه و هو محرم قبل أن يحلّ فقضى أن يخلّى سبيلها و لم يجعل نكاحه شيئا حتّى يحلّ، فإذا أحلّ خطبها فإن شاء أهلها زوّجوه و إن شاءوا لم يزوّجوه»(1) وهو مطلق من ناحيه الدخول وعدمه , و اما من ناحيه الجهل و العلم فانه و ان كان مطلقا ايضا الّا انه مقيد بالموثق المتقدم لان النسبه بينهما العموم والخصوص المطلق.

حصيله البحث:

لو عقد المحرم عالماً بالتّحريم حرمت أبدا بالعقد، و إن جهل لم تحرم و إن دخل بها.

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۵، ص: ٣٣٠ح۴٧

لا يجوز للحر أن يجمع زياده على الأربع حرائر

(السابعه: لا يجوز للحر أن يجمع زياده على الأربع حرائر أو حرتين و أمتين أو ثلاث حرائر و أمه)

كما فى صحيح زراره، و محمّد بن مسلم، عن الصّادق (عليه السلام): «إذا جمع الرّجل أربعا و طلّق إحديهنّ فلا يتزوّج الخامسه حتّى تنقضى عدّه المرأه الّتى طلّقت و قال:لا يجمع الرّجل ماءه فى خمس»(۱).

و صحيح ابى بصيرٍ عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: سألته عن رجلٍ له امرأةٌ نصرانيّةٌ له أن يتزوّج عليها يهوديّةً فقال إنّ أهل الكتاب مماليك للإمام و ذلک موسّعٌ منّا عليكم خاصّةً فلا بأس أن يتزوّج قلت فإنّه يتزوّج عليهما أمةً قال لا يصلح له أن يتزوّج ثلاث إماء»(۲).

(و لا للعبد أن يجمع أكثر من أربع إماء أو حرتين أو حره و أمتين و لا تباح له ثلاث إماء و حره)

ص:۱۰۸

۱- وسائل الشيعه، ج ۲۰ب لا يجوز للحر أن يجمع بين أزيد من أربع حرائر بالدائم ص۵۱۸ح۱

۲- وسائل الشيعه، ج ۲۰ ص۵۱۸ح۱

كما فى صحيح محمّد بن مسلمٍ عن أحدهما (عليه السلام) قال: «سألته عن العبد يتزوّج أربع حرائر قال لا و لكن يتزوّج حرّتين و إن شاء أربع إماء»(۱).

(كل ذلک بالدّوام أما المتعه فلا حصر له على الأصحّ)

و الاخبار بـذلک فوق حـد الاسـتفاضه كما فى صـحيح عمر بن أذينه، عن الصّادق (عليه السـلام) قلت له: «كم تحلّ من المتعه؟ قال: هنّ بمنزله الإماء»(۲).

و صحيح بكر بن محمّد الأزدىّ قال: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن المتعه أ هى من الأربع؟ فقال: لا»(۳) و غيرهما.

و أمّا خبر عمّار السّاباطىّ، عن الصّادق (عليه السـلام) «عن المتعه، قال: هى أحـد الأربعه»(۴) فمن شواذ اخبـاره وما اكثرها كما تقدم.

و أمّا خبر البزنطىّ عن أبى الحسن (عليه السـلام): «سألته عن الرّجل يكون عنـده المرأه أ يحلّ له أن يتزوّج بأختها متعه؟ قال: لا، قلت: حکى زراره عن الباقر (عليه السلام) إنّما هى مثل الإماء يتزوّج ما شاء؟ قال:لا هى من الأربع»(۵).

۱- وسائل الشيعه، ج ۲۰، ص: ۵۲۶ب۸ح۱
۲- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۵۱ح۱
۳- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۵۱ح۲
۴- التّهذيب (فی ۴۷ من أخبار تفصيل أحكام نكاحه، ۳ من نكاحه)
۵- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۵۹ح۴۸

فاجـاب عنه فی النجعه: « بـانه خبر مختـلّ حیث إنّ ظـاهره نقـل حکـایه زراره شاهـدا للتزوّج بـأخت مرأته متعه لکون المتعه مثل الإماء مع أنّ الجمع بین الأختین لا تختصّ حرمته بالحرائر بل یجی ء فی الإماء.

نعم رواه قرب الحمیریّ و کـأنّه جمع بین هـذا الخبر و خبره الآـتی بمـا لاـ یرد اختلاـل فرواه هکـذا: «و سـألته عن الأربع هی من المتعه؟ فقال: اجعلوها من الأربع علی الاحتیاط، فقال: و قلت له: إنّ زراره حکی عن أبی جعفر (علیه السلام) إنّما هنّ مثل الإماء یـتزوّج منهنّ مـا شـاء؟ فقـال: هی فی الأـربع» و یـأتی الجـواب فی الآـتی بـأنّ المراد بالاحتیـاط، الاحتیـاط من العـامّه، و حملهما التّهـذیب علی الاحتیاط دون الحظر و استشـهد له بما رواه عن کتاب البزنطیّ أیضا عن أبی الحسن الرّضا (علیه السـلام) قال: قال أبو جعفر (علیه السـلام): اجعلوهنّ من الأربع؟ فقال له:صـفوان بن یحیی علی الاحتیاط؟ قال: نعم» و هو کما تری فالاحتیاط إنّما هو لنـا حیث لاـ یحصـل لنا القطع لتعارض الأخبار دون الإمام (علیه السـلام) و الصواب حمل الأوّلین أن لم نطرحهما لما مرّ علی التقیّه، و یستشـهد له بالأخیر بکون المراد من الاحتیاط الاحتیاط من العامّه لا الاحتیاط فی العمل بترک التمتّع بالأکثر من الأربع، فقـد قـال فـاروقهم: «لم أوت برجـل تمتّع إلّا رجمته» و قـد کان أتباعه یقـدّمون أو امره علی أوامر اللّه و أوامر رسوله و علموا أنّ النّبیّ (صلی الله علیه و آله) قال: «إذا رأیتم معاویه علی منبری فاقتلوه» لکن لمّا کان عمر جعله خلیفته علی الشّام قدّموا عمله علی أمرهما، و یشهد لما

قلنا ما رواه الفقیه «و قیل لأبی عبد اللّه (علیه السلام): لم جعل فی الزنا أربعه من الشهود و فی القتل شاهدین؟ قال: إنّ اللّه تعالی أحلّ لکم المتعه و علم انّها ستنکر علیکم فجعل الأربعه الشهود احتیاطا لکم و لولا ذلک لأتی علیکم، و قلّما یجتمع أربعه علی شهاده بأمر واحد»(۱).

و حیث إنّ الثلاثه من الأخبار الشّاذه أطبقت الطائفه علی عدم العمل بها لم یروها الکلینیّ و الصدوق و إنّما رواها الشیخ کما هو دأبه فی الجمع بین الأخبار و إلّا فلم یفت بها أحد، و إنّما غرّ القاضی بقول الشیخ فی ما رواه عن کتاب البزنطیّ فقال: «لا یجوز فی المتعه أزید علی الأربع، و قد ذکر أنّ له أن یتزوّج ما شاء و الأحوط ما ذکرناه» فحمل الخبر علی الاحتیاط فی العمل، و قد عرفت أنّه لا معنی له.

و أغرب الشّارح هنا (یعنی الشهید الثانی فی شرح اللمعه) فقال: الأخبار المذکوره فی هذا الباب- أی جواز الزّیاده علی الأربع- ضعیفه أو مجهوله السّند أو مقطوعه فإثبات مثل هذا الحکم المخالف للآیه الشّریفه و إجماع باقی علماء الإسلام مشکل لکنّه مشهور, إلی أن قال بعد ذکر الاحتجاج للقاضی بخبر البزنطی الأوّل و خبر عمّار و من أجاب عنهما بالحمل علی الأفضل و الاحتیاط لخبر البزنطیّ الأخیر:و اعلم أنّ هذا الحمل یحسن لو صحّ شی ء من أخبار الجواز لا مع عدمه، و

۱- الفقیه (فی ۲۶ من أخبار متعته) ج۳، ص۴۶۵

الخبر الأخير ليس بصريح فى جواز مخالفه الاحتياط، و فى المختلف اقتصر من نقل الحكم على مجرّد الشّهره و لم يصرّح بالفتوى و لعلّه لما ذكرناه»(۱).

فإنّه ما راجع الأخبار غير ما فى المختلف و إلّا فقد عرف أنّ فى أخبار الجواز ثلاثه صحاح خبر زراره الأوّل و خبر بكر بن محمّد و خبر أبى بصير بإسناد الصدوق، و ثلاثه حسان خبر عمر بن أذينه و خبر إسماعيل بن الفضل الهاشمىّ، و خبر الفضيل بن يسار و ليس فيها مقطوع سوى صحيح زراره و بعد كون القطع من زراره الجليل لا يضرّ حيث إنّ مثله لا يسأل عن غير الإمام (عليه السلام) . و ممّا قلنا يظهر لك سقوط قوله «و أعلم أنّ هذا الحمل إلخ». و ليس فيها خبر ضعيف و إنّما فى خبر محمّد بن مسلم، القاسم بن عروه مهمل و فى خبر زراره الأخير سعدان بن مسلم مهمل، و إنّما الضعيف خبر عمّار الدّالّ على عدم الجواز.

و أمّا قوله «فإثبات مثل هذا الحكم المخالف للآيه و إجماع باقى علماء الإسلام» فمن الغريب حيث جعل مخالفه العامّه- و هو معنى قوله «و إجماع باقى علماء الإسلام»- كمخالفه القرآن, مع أنّ موافقه العامّه كمخالفه القرآن، و من أين رأى إجماعهم، و هذا عبد الملك بن جريج من أجلّه علمائهم قال كالإماميّه بجواز الزّياده على الأربع كقوله بأصل مشروعيّه المتعه حسب ما عرفته من خبر إسماعيل بن الفضل المتقدّم و أيضا قال الذّهبىّ- و هو من أنصب النّصاب- فى ميزانه فى ترجمه عبد الملك ذاك. «و هو فى نفسه مجمع على ثقته مع كونه قد تزوّج نحوا

۱- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (المحشى - سلطان العلماء)؛ ج ۲، ص: ۹۳

من سبعين امرأه من نكاح المتعه» كما أنّ تسميته خبرى البزنطىّ المتقدّمين صحيحين تبع فيه المختلف و من أين صحّتهما فلم يذكر الشّيخ فى تهذيبيه طريقا له إلى البزنطىّ و لم يذكر هنا الشّيخ أخذه من أىّ كتاب للبزنطىّ و إنّما يفهم من فهرسته أنّ طريقه إلى جامعه صحيح دون نوادره، و من أين أنّه لم ينقلهما عن نوادره، و ممّا حملنا الاحتياط فى الخبر عليه يظهر ضعف قوله «و الخبر الأخير ليس بصريح فى جواز مخالفه الاحتياط» كما أنّ قوله «المختلف لم يصرّح بالفتوى» أىّ أثر لتصريحه و عدمه بعد كون المسأله بتلك المشابه و إنّما حصل للقاضى شبهه مع أنّ المختلف قال فى الاستدلال «لنا- إلخ» و هو دليل على اختياره المشهور و إلّا لقال احتجّ المشهور، و بالجمله كلام الشّارح هنا فى غايه السقوط»(۱).

(و كذا) لا حصر للعدد (بملک اليمين اجماعا)

لاطلاق قوله تعالى {إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُم} و هذا فى ملک العين و مثله ملک المنفعه كالتحليل وذلک لاطلاق صحيح عمر بن أذينه، عن الصّادق (عليه السلام) قلت له: «كم تحلّ من المتعه؟ قال: هنّ بمنزله الإماء»(۲) حيث جعل الحكم فى الاماء مفروغا عنه و لاصاله الجواز .

ص:۱۱۳

۱- النجعه - التسترى ج۸ ص ۴۵۲

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۵۱ح۱

حصیله البحث:

لاـ یجوز للحرّ أن یجمع بین زیـادهٍ علی أربع حرائر أو حرّتین و أمتین أو ثلاـث حرائر و أمهٍ، و لاـ للعبـد أن یجمع أکثر من أربع إماءٍ أو حرّتین أو حرّهٍ و أمتین و لا یباح له ثلاث إماءٍ و حرّهٌ کلّ ذلک بالدّوام، أمّا المتعه فلا حصر له علی الأصحّ و کذا بملک الیمین .

إذا طلق ذو النصاب رجعیّا لم یجز له التزویج دائما

(الثامنه: إذا طلق ذو النصاب رجعیّا لم یجز له التزویج دائما حتی تخرج المطلّقه من العده)

کما فی صـحیح زراره، و محمّد بن مسـلم، عن الصّادق (علیه السـلام) «إذا جمع الرّجل أربعا و طلّق إحدیهنّ فلا یتزوّج الخامسه حتّی تنقضی عدّه المرأه الّتی طلّقت و قال: لا تجمع الرّجل ماءه فی خمس»(۱) وغیره.

(و کذا تزویج الأخت دائما و متعه)

لاطلاـق الاـیه المبـارکه و لمعتبر یونس قـال: قرأت فی کتـاب رجـل إلی أبی الحسن الرّضا (علیه السـلام) جعلت فـداک الرّجل یتزوّج المرأه متعه إلی أجل مسمّی فینقضی

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۰ب لا یجوز للحر أن یجمع بین أزید من أربع حرائر بالدائم ص۵۱۸ح۱

الأجـل بينهمـا هـل له أن ينكـح أختهـا من قبـل أن تنقضـى عـدّتها؟ فكتب: لا يحلّ له أن يتزوّجها حتّى تنقضـى عـدّتها»(۱) فى خصوص المتعه الشامـل للـدائم بالأـولويه. و معتبر علىّ بن أبى حمزه، عن الكـاظم (عليه السـلام): «سـألته عن رجل طلّق امرأته أ يتزوّج أختها؟ قال: لا حتّى تنقضى عدّتها»(۲) فى خصوص الدائم.

و يؤيـد ذلك خبر زراره، عن الباقر (عليه السـلام) «فى رجل طلّق امرأته و هى حبلى أ يتزوّج أختها قبل أن تضع؟قال: لا يتزوّجها حتّى يخلو أجلها»(۳).

(و لو كان) الطلاق (بائنا جاز)

التزوج بالزائـده على النصـاب, و الأـخت لخروجهـا عن الزوجيه بالطلاـق، و عـدم ما يـدل على أنها بحكمها فى العـده، فلا جمع حينئـذ بين خمس، فيشـمله حينئـذ دليـل الإبـاحه لكن (على كراهيه شديـده) عنـد المصـنف لكنى لم أقف على من أفـتى به من القـدماء و أوّل مـن قـال بـالكراهه المحقّـق و اسـتدل له فى الجـواهر بقـوله: «لبقـاء عصـمه النكـاح فى الجمله، و لصـحيح زراره المحمول على ذلك عن الصادق (عليه السلام) «إذا جمع الرجل أربعا فطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسه حتى تنقضى عده المرأه

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۳۱ح۵
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۳۲ح۹
۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۳۲ح۸

التی طلقت»(۱) قلت: و لا وجه له بعد کون الأخبار مطلقه و مقیّده ففی صحیحه الحلبی عن أبی عبد الله (علیه السلام) «فی الرجل طلق امرأته أو اختلعت منه أو بانت أله أن یتزوج أختها؟ فقال: إذا برأ عصمتها فلم یکن له علیها رجعه فله أن یخطب أختها»(۲) ضروره ظهورها فی أن المدار علی الإبراء من العصمه بعدم ملک الرجعه، فهو حینئذ کالتعلیل الذی لا یخص الأخت, و حمل المطلق علی المقیّده علی القاعده. وبذلک یظهر ضعف ماقیل: لتحرمها بحرمه الزوجیه و للنهی عن تزویجها مطلقا.

و أمّا خبر عمّار: «سئل أبو عبد اللّه (علیه السلام) عن الرّجل یکون له أربع نسوه فتموت إحداهنّ فهل یحلّ له أن یتزوّج أخری مکانها؟ قال: لا حتّی یأتی علیها أربعه أشهر و عشرا، سئل فإن طلّق واحده هل یحلّ له أن یتزوّج، قال: لا حتّی یأتی علیها عدّه المطلّقه»(۳) الصریح صدره فی لزوم تربص الرجل الی انتهاء عده الوفاه فشاذّ حسب کثیر من أخباره, و لا شاهد لحمل التّهذیب له علی الاستحباب و الصواب ما قلنا من شذوذه.

۱- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۰، ص: ۱۰

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۲، ص: ۲۷۰باب ۴۸ح۲

۳- التّهذیب (فی ۱۱۴ من أخبار زیادات فقه نکاحه) ج۷، ص ۴۷۵

و يؤيد ذلك خبر عليّ بن جعفر، عن أخيه (عليه السلام): «سألته عن رجل كانت له أربع نسوه فماتت إحداهنّ هل يصلح له أن يتزوّج فى عدّتها اخرى قبل أن تنقضى عدّه المتوفّاه فقال؟: إذا ماتت فليتزوّج متى أحبّ»(۱).

نعم لا يجوز العقد على الاخت بانقضاء الأجل فى المتعه و ذلك لمعتبر يونس المتقدّم فهو حكم مختصّ بالمتعه فمع أنّه بعد انقضاء الأجل فى المتعه لا رجعه للرّجل على المرأه الّا انه تضمّن عدم جواز نكاح أختها إلّا بعد عدّتها.

و به أفتى الصدوق و هو المفهوم من الكافى و إليه مال الشيخ فقال بعد الإفتاء بأنّ من طلّق بائنا جاز أن يتزوّج الأخت، الى ان قال: فأمّا المتمتّعه فقد روى فيها أنّه إذا انقضى أجلها فلا يجوز العقد على أختها إلّا بعد انقضاء عدّتها» ثمّ نقل معتبر يونس قال: قرأت فى كتاب رجل إلى أبى الحسن (عليه السلام)، و قال: و روى الحسين بن سعيد أيضا قال: قرأت فى كتاب رجل إلى أبى الحسن الرّضا (عليه السلام): جعلت فداك- إلخ»(۲) مثل ما مرّ , قلت: و سند الشيخ الى الحسين صحيح.

حصيله البحث:

۱- قرب الاسناد الحميرى، ص ۲۴۹

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۸۷ح۴۵ و رواه الفقيه (فى ۲۱ من أخبار متعته) عن علىّ بن أبى حمزه . و عن نوادر أحمد الأشعرىّ أيضا قال: قرأت ..

إذا طلّق ذو النّصاب رجعيّاً لم يجز له التّزوج دائماً حتّی تخرج من العدّه، و کذا الأخت دائماً و متعهً، و لو کان بائناً جاز .

لا تحل الحره علی المطلق ثلاثا الّا بالمحلل

(التاسعه: لا تحل الحره علی المطلق ثلاثا) یتخللها رجعتان أی أنواع الطلاق کان (الّا بالمحلل و إن کان المطلق عبدا)

لاطلاق قوله تعالی {فإن طلّقها فلا تَحلّ لهُ من بعدُ حَتّی تَنکِحَ زَوْجاًغَیرَهُ}(۱).

ثم ان مفارقه المحلل لا- تکفی من دون دخول کما اذا کانت المفارقه بالموت و ذلک لان المفهوم من الروایات ان المهم فی حصول التحلیل ذوق المحلل لعسیله المطلقه دون تطلیقه لها بعنوانه. هذا مضافا الی التصریح بالتعمیم فی موثقه زراره عن ابی جعفر (علیه السلام): «... فاذا طلقها ثلاثا لم تحل له حتی تنکح زوجا غیره فاذا تزوجها غیره و لم یدخل بها و طلقها او مات عنها لم تحل لزوجها الاول حتی یذوق الآخر عسیلتها»(۲) و غیرها.

(و لا تحلّ الأمه المطلقه اثنتین الا بالمحلّل و لو کان المطلق حرا)

۱- البقره ایه ۲۳۰

۲- وسائل الشیعه ۱۵: ۳۶۶ الباب ۷ من أبواب أقسام الطلاق الحدیث ۱

لصحيح الحلبیّ عن الصّادق (علیه السلام): «قضی أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی أمه طلّقها زوجها تطلیقتین، ثمّ وقع علیها فجلده»(۱).

و صحیح محمّد بن قیس، عن أبی جعفر (علیه السلام): «طلاق العبد للأمه تطلیقتان- الخبر»(۲).

(أما المطلقه تسعا للعده)

لا یخفی ان الطلاق ینقسم تاره الی العدیّ واخری الی السنی بالمعنی الاخص، فالسنی: ان یطلق و یترک حتی تخرج عن العده سواء کان الطلاق رجعیا أم باینا ثم یعقد علیها بعقد جدید , و العدیّ أن یطلقها علی الشرائط ثم یراجع فی العده و المراد هنا ان یطأ بعد المراجعه ثم یطلق فی طهر آخر ثم یراجع فی العده و یطأ ثم یطلق الثالثه فینکحها بعد عدتها زوج آخر ثم یفارقها بعد أن یطأها فیتزوجها الأول بعد العده و یفعل کما فعل أولا إلی أن یکمل لها تسعا کذلک (ینکحها رجلان) بعد الثالثه و السادسه (فإنها تحرم أبدا).

ثمّ إنّ المصنّف أطلق «المطلّق ثلاثا» و قیّد «المطلّقه تسعا» بقوله:«للعدّه» دلالهً منه علی أنّه لا یشترط فی الأوّل کونه للعدّه بل و لو کان للسنّه و هو محل خلاف

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۷۰ح۵

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۶۹ح۱

فذهب الصدوق ففی فقیهه و مقنعه و هدایته و المفید و الدّیلمیّ إلی اشتراط کون الطّلاق للعدّه فی الاول أیضا.

اقول: و یشهد لعدم الاشتراط اطلاق الایه المبارکه و صحیح جمیل بن درّاج، عن الصّادق (علیه السلام) و عن إبراهیم بن عبد الحمید، عنه، و عن الکاظم علیهما السّلام: «إذا طلّق الرّجل المرأه فتزوّجت ثمّ طلّقها زوجها فتزوّجها الأوّل ثمّ طلّقها فتزوّجت رجلا، ثمّ طلّقها فتزوّجها الأوّل ثمّ طلّقها الزّوج الأوّل هذا ثلاثا لم تحلّ له أبدا»(۱) وظاهره ان زوجها الاول تزوجها بعد انتهاء عدتها وعلیه فقد دل هذا الصحیح علی عدم الفرق فی المطلّق ثلاثا بین کون طلاقه للعده ام للسنه.

و صحیح صفوان عن موسی بن بکر، عن زراره، عن الباقر (علیه السلام) «فی الرّجل یطلّق امرأته تطلیقه، ثمّ یراجعها بعد انقضاء عدّتها فإذا طلّقها الثالثه لم تحلّ له -الخبر»(۲).

و لکن یعارض ذلک صحیح أبی بصیر أیضا قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام):«المرأه الّتی لا تحلّ لزوجها حتّی تنکح زوجا غیره؟ قال: هی الّتی تطلّق ثمّ تراجع، ثمّ تطلّق، ثمّ تراجع ثمّ تطلّق الثالثه فهی الّتی لا تحلّ لزوجها حتّی تنکح زوجا غیره، و

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۲۸ح۷ ولا یخفی ان المراد بقوله «إذا طلّق الرّجل المرأه»- أی ثلاثا- و بقوله: «ثمّ طلّقها» أیضا ثلاثا کما صرّح به أخیرا.

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص:۷۶ح۴ ورواه التّهذیب فی ۱۸ من أحکام طلاقه عن الکافی مع تبدیل موسی بن بکر بابن بکیر .

یذوق عسیلتها»(۱) وهو صـریح فی ان الطلاق الذی لا تحلّ لزوجها هو طلاق العده لا السنه , ومثله صحیحه الاخر(۲) وغیرهما , وهو نص فی خصوص العده فیعارض ما تقدم وما سیاتی کما فی صحیح الفضلاء الاتی(۳).

هذا و ذهب إلی التعمیم ایضا القمّی و الشّیخ و القاضی و ابن حمزه و ابن زهره و الحلیّ و به أفتی فی الرّضوی.

ص:۱۲۱

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۷۵ح۳

۲- الکافی (ط - الإسـلامیه)، ج ۶، ص: ۷۵ح۱ رواه عن الباقر (علیه السـلام): «سألته عن الطلاق الـذی لا تحلّ حتّی تنکح زوجا غیره، قـال: أخبرک بمـا صـنعت أنـا بامرأه کانت عنـدی فأردت أن أطلّقها فترکتها حتّی طمثت و طهرت طلّقتها من غیر جماع و أشـهدت علی ذلـک شاهـدین، ثمّ ترکتهـا حتّی إذا کـادت أن تنقضـی عـدّتها راجعتهـا و دخلت بها و ترکتها حتّی إذا طمثت و طهرت طلّقتهـا علی طهر من غیر جماع بشاهـدین، ثمّ ترکتها حتّی إذا کان قبل أن تنقضـی عـدّتها راجعتها و دخلت بها حتّی إذا طمثت و طهرت طلّقتها علی طهر بغیر جماع بشـهود، و إنّما فعلت ذلک بها أنّه لم یکن لی بها حاجه» . و فیه: انه لا یبعـد وضـعه فکیف یفعـل البـاقر (علیه السـلام) مـا حکی عنه و هو الضـرار الـذی قال تعالی {وَ لا تُمْسِکُوهُنَّ ضِرٰاراً لِتَعْتَدُوا} کما فی معتبر الحسن بن زیـاد، عن الصّـادق (علیه السـلام): «لا ینبغی للرّجل أن یطلّق امرأته ثمّ یراجعها و لیس له فیها حاجه، ثمّ یطلّقها فهـذا الضرار الذی نهی اللّه عزّ و جلّ عنه إلّا أن یطلّق ثمّ یراجع و هو ینوی الإمساک» . من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۵۰۱

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۲۸ح۴

و استدل لذلک الشیخ بخبر أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام): سألته عن طلاق السنّه فقال: طلاق السنّه إذا أراد الرّجل أن یطلّق امرأته ثمّ یدعها إن کان قد دخل بها حتّی تحیض ثمّ تطهر، فإذا طهرت طلّقها واحده بشهاده شاهدین، ثمّ یترکها حتّی تعتدّ ثلاثه قروء، فإذا مضت ثلاثه قروء فقد بانت منه بواحده- إلی- فإن تزوّجها بمهر جدید کانت عنده علی اثنتین باقیتین، و قد مضت الواحده، فإن هو طلّقها واحده أخری علی طهر بشهاده شاهدین، ثمّ یترکها حتّی تمضی أقراؤها من قبل أن یراجعها فقد بانت منه بالثنتین و ملکت أمرها و حلّت للأزواج- إلی- فإن هو تزوّجها تزویجا جدیدا بمهر جدید کانت معه علی واحده باقیه و قد مضت ثنتان، فإن أراد أن یطلّقها طلاقا لا تحلّ له حتّی تنکح زوجا غیره، ترکها حتّی إذا حاضت و طهرت أشهد علی طلاقها، تطلیقه واحده، ثمّ لا تحلّ له حتّی تنکح زوجا غیره- الخبر» و قال بعده: «الذی تضمّن هذا الحدیث من أنّه إذا طلّقها ثلاث تطلیقات لا تحلّ له حتّی تنکح زوجا غیره هو المعتمد عندی و المعمول علیه لأنّه موافق لظاهر کتاب اللّه عزّ و جلّ {الطَّلاٰقُ مَرَّتٰانِ فَإِمْسٰاکٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِیحٌ بِإِحْسٰانٍ}- إلی- فإن طلّقها- یعنی الثالثه- فلا تحلّ له حتّی تنکح زوجا غیره» و لم یفصّل بین طلاق السنّه و العدّه فینبغی أن تکون الآیه علی عمومها و یکون الخبر مؤیّدا مؤکّدا.

و صحیح زراره و بکیر و محمّد بن مسلم و برید العجلیّ و الفضیل بن یسار و إسماعیل الأزرق و معمر بن یحیی بن سام کلّهم «سمعه من أبی جعفر (علیه السلام) و من

ابنه بعد أبيه علیهما السّلام بصفه ما قالوا و إن لم أحفظ حروفه غیر أنّه لم یسقط جمل معناه أنّ الطلاق الذی أمر اللّه به فی کتابه- إلی- و إن مضت ثلاثه قروء قبل أن یراجعها فهی أملک بنفسها، فإن أراد أن یخطبها مع الخطّاب خطبها، فإن تزوّجها کانت عنده علی تطلیقتین و ما خلا هذا فلیس بطلاق»(۱).

ثمّ ابدی تاویلات و محامل تبرعیه للاخبار المنافیه للصحیح المتقدم کخبر المعلّی و حمله علی ما إذا کانت تزوّجت فی البین و استشهد له بموثق رفاعه و روی صحیح عبد اللّه بن سنان و حمله علی ما لو تزوّجها زوج فی البین.

ثمّ روی موثق ابن بکیر، عن زراره، عن الباقر (علیه السلام): «الطّلاق الذی یحبّه اللّه و الذی یطلّق الفقیه، و هو العدل بین المرأه و الرّجل أن یطلّقها فی استقبال الطهر بشهاده شاهدین و إراده من القلب ثمّ یترکها حتّی تمضی ثلاثه قروء، فإذا رأت الدّم فی أوّل قطره من الثالثه و هو آخر القروء لأنّ الأقراء و هی الأطهار فقد بانت منه و هی أملک بنفسها، فإن شاءت تزوّجت و حلّت له بلا زوج فإن فعل هذا بها مائه مرّه هدم ما قبله و حلّت بلا زوج و إن راجعها قبل أن تملک نفسها، ثمّ طلّقها ثلاث مرّات یراجعها و یطلّقها لم تحلّ له إلّا بزوج»(۲) و قال:«و هو و إن کان صریحا غیر قابل للتأویل لکن فی طریقه ابن بکیر الذی لمّا سئل عن إفتائه بذلک

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۲۸ح۴ قلت: وقوله (علیه السلام) «و ما خلا هذا فلیس بطلاق» رد علی العامه حیث یجرون الطلاق لا بتلک الشروط .

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸، ص: ۳۵ح۲۶

قال: إنّه من رأيه و لو كان سمعه من زراره كما فى هذا الخبر لم لم يقل هو روايه زراره».

اقول: مـا ذكره من الجمع بينهـا تبرعى و لاـ شاهـد له و عليه فيقع التعـارض بين الطـائفتين, وأخبار عـدم احتياج طلاق السّـنّه إلى المحلّل و ان كانت أكثر إلّا أنّها لمّا كانت مخالفه لظاهر القرآن لا يمكن العمل بها، قال تعالى {الطَّلاٰقُ مَرَّتٰانِ فَإِمْسٰاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسٰانٍ- إلى- فَإِنْ طَلَّقَهٰا فَلاٰ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتّٰى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ} فان ظاهر قوله جلّ و علا {فَإِمْسٰاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسٰانٍ} أنّ فى كـلّ من المرّتين له الإمسـاك بالمعروف بالرّجوع إليها أو التسـريح بالإحسان بأن يخلّيها حتّى تنقضـى عدّتها، و ظاهر قوله {فَإِنْ طَلَّقَهٰا} أنّه إذا طلّقها فى الثالثه سواء أمسـكها بالرّجوع أو سـرّحها، ثمّ تزوّجها, فالاقوى ان المطلّق ثلاثا يحتاج الى المحلل فى طلاقه الثالث سواء كان طلاقه للعده ام لا كما عليه المصنف.

نعم لو طلقها ثم تزوجت ثم طلقها الثانى انهـدم الطلاق الاول كما دل على ذلك موثق رفاعه، عن الصّادق (عليه السـلام): «سألته عن رجل طلّق امرأته حتّى بانت منه و انقضت عـدّتها ثمّ تزوّجت زوجا آخر فطلّقها أيضا، ثمّ تزوّجها زوجها الأوّل أ يهدم ذلك الطّلاق الأوّل، قال: نعم»(۱).

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۷۷ح۳

ثم ان الشيخ قال باحتياجها الى المحلل حتى لو لم تكن مدخولا بها اذا طلقها ثلاثا و سيأتى البحث عنه.

و اما حرمه المطلّقه تسعا مؤبدا بقيد كون الطلاق للعدّه فلا شاهد له عدا خبر إبراهيم بن عبد الرّحمن الآملىّ، عن الكاظم (عليه السلام) عن أبيه (عليه السلام) قال: «سئل أبى عمّا حرّم اللّه عزّ و جلّ من الفروج فى القرآن و عمّا حرّمه النّبىّ (صلى الله عليه و آله) فى سنّته فقال: الذى حرّم اللّه عزّ و جلّ أربعه و ثلاثون وجها سبعه عشر فى القرآن و سبعه عشر فى السنّه- إلى أن قال فى تعداد ما فى السنّه- و تزويج الرّجل امرأه قد طلّقها للعدّه تسع تطليقات- الخبر»(۱).

و فيه: مضافا الى ضعفه سندا انه معارض بصحيح زراره، و داود بن سرحان و أديم بيّاع الهروىّ، عن الصّادق (عليه السلام) فى خبر: «و الذى يطلّق الطلاق الذى لا تحلّ له حتّى تنكح زوجا غيره ثلاث مرّات و تزوّج ثلاث مرّات لا تحلّ له أبدا- الخبر»(۲) الدال على ان موضوع التسع هو موضوع الثلاث الشامل للعدى و طلاق السنه على المختار.

و يؤيد ذلك خبر أبى بصير، عن الصّادق (عليه السلام) «فى رجل نكح امرأه و هى فى عدّتها- إلى- قال: و سألته عن الذى يطلّق ثمّ يراجع، ثمّ يطلّق ثمّ يراجع، ثمّ

۱- الخصال، ج ۲، ص: ۵۳۳

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۲۶ح۱

یطلّق، قال: لاـ تحلّ له حتّی تنکح زوجا غیره فیتزوّجها رجل آخر فیطلّقها علی السنّه، ثمّ رجع إلی زوجها الأوّل فیطلّقها ثلاث مرّات علی السنّه، ثمّ تنکح زوجا غیره فیطلّقها، ثمّ یرجع إلی زوجها الأوّل فیطلّقها ثلاث مرّات علی السّنّه، ثمّ تنکح فتلک الّتی لا تحلّ له أبدا- الخبر»(۱). فقوله مرّتین «فیطلّقها ثلاث مرّات علی السنّه» فی قبال سؤاله الاول «یطلّق ثمّ یراجع» کما هو واضح ولیس المراد من السّنّه فیه المشروع قبال المحرم وعلیه فلا ینافی کون الطلاق للعدّه فیکون معنی الخبر أعمّ کما قیل فانه مجرد احتمال و مخالف لظهور الخبر .

و اما خبر معلّی بن خنیس عن الصّادق (علیه السلام) «فی رجل طلّق امرأته ثمّ لم یراجعها حتّی حاضت ثلاث حیض ثمّ تزوجها، ثمّ طلّقها فترکها حتّی حاضت ثلاث حیض من غیر أن یراجعها- یعنی یمسّها- قال: له أن یتزوّجها أبدا ما لم یراجع و یمسّ»(۲) فقد یقال بانه دال علی ان طلاق السنه لایؤثر فی التحریم لو طلق تسعا لقوله (علیه السلام) «له أن یتزوّجها أبدا ما لم یراجع و یمسّ». ففیه: مضافا الی ضعفه بالمعلی انه فی مقام بیان عدم احتیاجها الی المحلل فی الطلاق الثالث و لیس فی مقام بیان ان الطلاق التاسع لا یوجب التحریم.

و اما خبر عبد الله بن بکیر (المتقدم) عن زراره، عن الباقر (علیه السلام): «الطّلاق الذی یحبّه اللّه و الذی یطلّق الفقیه و هو العدل بین المرأه و الرّجل أن یطلّقها فی

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۲۸ح۹

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۷۷ح۱

استقبال الطهر بشهاده شاهدين و إراده من القلب، ثمّ يتركها حتّى يمضى ثلاثه قروء فإذا رأت الدّم فى أوّل قطره من الثالثه و هو آخر القروء -لأنّ الأقراء الأطهار- فقد بانت منه و هى أملك بنفسها فإن شاءت تزوّجت و حلّت له بلا زوج فإن فعل هذا بها مائه مرّه هدم ما قبله و حلّت بلا زوج و إن راجعها قبل أن تملك نفسها، ثمّ طلّقها ثلاث مرّات يراجعها و يطلّقها لم تحلّ له إلّا بزوج»(۱).

فقد طعن فيه التّهذيبان بكون الرّاوى عن زراره ابن بكير الفطحىّ و قال الشيخ فيه انه «قد قدّمنا من الأخبار ما تضمّن أنّه قال حين سئل عن هذه المسأله هذا ممّا رزق اللّه من الرّأى و لو كان سمع ذلك من زراره لكان يقول حين سأله الحسين بن هاشم و غيره عن ذلك و أنّه هل عندك فى ذلك شىءٌ كان يقول نعم روايه زراره و لا يقول نعم روايه رفاعه حتّى قال له السّائل إنّ روايه رفاعه تتضمّن أنّه إذا كان بينهما زوجٌ فقال هو عند ذلك هذا ممّا رزق اللّه تعالى من الرّأى فعدل عن قوله إنّ هذا فى روايه رفاعه إلى أن قال الزّوج و غير الزّوج سواءٌ عندى فلمّا ألحّ عليه السّائل قال هذا ممّا رزق اللّه من الرّأى ومن هذه صورته فيجوز أن يكون أسند ذلك إلى روايه زراره نصرةً لمذهبه الّذى كان أفتى به و أنّه لمّا أن رأى أنّ أصحابه لا يقبلون ما يقوله برأيه أسنده إلى من رواه عن أبى جعفر (عليه السلام) ..»(۲) و عليه

ص:۱۲۷

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۳۵ح۲۶

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۳۵ح۲۶

فلاـ وثوق فی الخبر کما و قد تضمّن عدم الأـثر فی الطلاـق إذا لم یراجع فی العدّه مع أنّه خلاـف القرآن , و علیه فالاقوی ان الطلاق التاسع موجب للتحریم مطلقا.

حصیله البحث:

لاـ تحلّ الحرّه علی المطلّق ثلاثاً إلّا بالمحلّل و إن کان المطلّق عبداً, و لا تکفی مفارقه المحلل من دون دخول، و لا تحلّ الأمه المطلّقه اثنین إلّا بالمحلّل و لو کان المطلّق حرّاً، و لو طلقها ثم تزوجت ثم طلقها الثانی انهدم الطلاق الاول, و قال الشیخ باحتیاجها الی المحلل حتی لو لم تکن مدخولا بها اذا طلقها ثلاثا بعد العقد علیها ثلاثا و هو الاقوی, و أمّا المطلّقه تسعاً سواء کان للعدّه او للسنه و ینکحها رجلان فإنّها تحرّم أبدا .

حرمه الملاعنه أبدا و کذا الخرساء إذا قذفها زوجها

(العاشره: تحرم الملاعنه أبدا)

کما دلت علیه المستفیضه منها صحیح زراره و داود بن سرحان و أدیم بیّاع الهرویّ، عن الصّادق (علیه السلام): «الملاعنه إذا لاعنها زوجها لم تحلّ له أبدا- الخبر»(۱) و غیره.

ص:۱۲۸

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۲۶ح۱

(و کذا الصماء و الخرساء إذا قذفها زوجها بما یوجب اللّعان)

أمّا الخرساء فیشهد له صحیح الحلبیّ، و محمّد بن مسلم، عن الصّادق (علیه السلام) «فی رجل قذف امرأته و هی خرساء قال: یفرّق بینهما»(۱).

و اما الصماء فلم یرد بها نص بالخصوص عدا صحیح أبی بصیر: «سئل أبو عبد اللّه (علیه السلام) عن رجل قذف امرأته بالزّنا و هی خرساء او صمّاء لا تسمع ما قال، قال: إن کان لها بیّنه فشهدوا عند الإمام جلد الحدّ و فرّق بینهما، ثمّ لا تحلّ له أبدا، و إن لم تکن لها بیّنه فهی حرام علیه ما أقام معها و لا إثم علیها منه»(۲) علی نقل نسخه من التهذیب و به افتی المفید والشیخ.

قلت: لکن رواه الکافی و الفقیه(۳) والتهذیب ایضا فی مکان اخر(۴) بالعطف بالواو فلا یمکن الاعتماد علی نسخه العطف باو و علیه فیشکل الحکم بذلک فلا تحرم الصماء التی لیست بخرساء.

ثم انه ورد انه لو قذفت المرأه زوجها الأصمّ الحکم بتحریمها علیه مؤبّدا کما فی صحیح الحسن- أی ابن محبوب کما صرح به الشیخ -و هو من اصحاب

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۶۴ح۹

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۱۰ح۴۶

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۶۶ح۱۸ و الفقیه (فی ۱۱ من حدّ قذفه)

۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸، ص: ۱۹۳ح۳۴

الاجماع عن بعض أصحابه عن الصّادق (علیه السلام) «فی امرأه قذفت زوجها و هو أصمّ، قال: یفرّق بینها و بینه و لا تحلّ له أبدا»(۱) و اعتمده الکلینی و به افتی الفقیه فقال: «و قال الصّادق (علیه السلام) قاذف اللّقیط یحدّ أو المرأه إذا قذف زوجها و هو أصمّ یفرّق بینهما، ثمّ لا تحلّ له أبدا»(۲) و رواه الشیخ(۳) ولم یعلق علیه .

قلت: فان اعرض الاصحاب عنه کما هو الظاهر فلا عبره به و الّا فلا.

حصیله البحث:

تحرم الملاعنه أبداً، و کذا الخرساء إذا قذفها زوجها بما یوجب اللّعان .

حرمه الکافره غیر الکتابیّه علی المسلم

(الحادیه عشر: تحرم الکافره غیر الکتابیّه علی المسلم إجماعا)

و یستدل له بقوله تعالی: {وَ لا تَنْکِحُوا الْمُشْرِکاتِ حَتّی یُؤْمِنَّ وَ لَأَمَهٌ مُؤْمِنَهٌ خَیْرٌ مِنْ مُشْرِکَهٍ وَ لَوْ أَعْجَبَتْکُمْ أُولئِکَ یَدْعُونَ إِلَی النّارِ}(۴).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۶۶ح۱۹

۲- الفقیه فی حدّ قذفه بعد خبره العاشر، ج۴، ص ۵۰

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۹۳ح۳۳

۴- البقره: ۲۲۱

و لکنه- کما تری- خاص بالمشرکه و لا یعمّ مطلق الکافره الّا ان یتمسک باحد البیانین التالیین:

۱- ان ذیل الآیه الکریمه: {أُولٰئِکَ یَدْعُونَ إِلَی النّٰارِ} ینفی الخصوصیه للمشرکه.

۲- التمسک بالغایه- حتی یؤمنّ- حیث تدل علی ان المسلم لا یجوز له الزواج بغیر المؤمنه. و کلاهما کما تری.

اما الاول فلان ذیل الآیه الکریمه وارد مورد الحکمه فلا یمکن التمسک به لإثبات التعمیم، بل لا ینفع التمسک به حتی علی تقدیر وروده مورد العله لأنه یدل آنذاک علی عدم ثبوت النهی إذا لم تتحقق الدعوه بالفعل الی النار، کما إذا کان بین الزوجین نفره لا یمکن تحقق الدعوه إلی النار معها.

و اما الثانی فلاحتمال ان لا یکون المقصود من الایمان فی الغایه الإسلام بل الایمان باللّه سبحانه بنحو التوحید و من دون شرک.

و استدل ایضا بقوله تعالی: {وَ لاٰ تُمْسِکُوا بِعِصَمِ الْکَوٰافِرِ}(۱) فان العصم جمع عصمه، و هی ما یعتصم به کالعقد. و الکوافر جمع کافره. و المراد نهی المؤمنین عن الاستمرار فی نکاح الکوافر لانقطاع العصمه بالاسلام. و إذا ثبت هذا بقاء ثبت ابتداء بالاولویه.

۱- الممتحنه: ۱۰

و علی هذا یتمسک باطلاق الآیه الکریمه الّا ان یقوم دلیل علی الخلاف فی مورد فیقید به فی ذلک المورد.

و یؤید ذلک خبر حفص بن غیاث، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن الأسیر هل یتزوّج فی دار الحرب؟ فقال: أکره ذلک، فإن فعل فی بلاد الروم فلیس هو بحرام و هو نکاح، و أمّا فی التّرک و الدّیلم و الخزر فلا یحلّ له ذلک»(۱).

(و تحرم الکتابیه علیه دواما لا متعه، و ملک یمین)

الاقوال فی المساله متعدده احدها: ما قاله المصنف- وهو حرمتها دائما لا متعه- و ذهب الیه الشیخ و الدّیلمیّ و ابن حمزه و الحلبیّ, إما لتقیید إطلاق قوله تعالی {والْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِینَ أُوتُوا الْکِتَابَ مِنْ قَبْلِکُمْ اذا اتیتموهن اجورهن} بالروایات الداله علی تحریم النکاح الدائم، و إما لدعوی ظهور الآیه الکریمه فی المتعه دون العقد الدائم , و هذا کله مبنی علی عدم منسوخیه الایه المبارکه وسیاتی البحث عنه.

ص:۱۳۲

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۹۹ح۹ و رواه ص: ۴۳۳ح۳۸ «عن أبی أیّوب» بدون «عن حفص بن غیاث» والظاهر سقوطه و أیضا «عن» فی «عن أبی أیّوب» زید «لأنّ «أبا أیّوب» هو سلیمان الراوی عنه فی السند کما قاله النجاشیّ و الخطیب.

و لصحیح إسماعیل بن سعد الأشعریّ: «سألته عن الرّجل یتمتّع من الیهودیّه و النصرانیّه قال: لا- أری بذلک بأسا، قال: قلت بالمجوسیّه؟ قال: و أمّا المجوسیّه فلا»(۱) بالحمل علی الکراهه فی المجوسیه .

و الثانی: المنع مطلقا ذهب الیه المفید و المرتضی فی ظاهرهما و الحلیّ, و یستدل علی ذلک بما یلی:

۱- التمسک بالآیه المتقدمه {وَ لا تَنْکِحُوا الْمُشْرِکاتِ حَتّی یُؤْمِنَّ} بعد تفسیر المشرک بما یعمّ الکتابی لقوله تعالی: {وَ قالَتِ الْیَهُودُ عُزَیْرٌ ابْنُ اللّهِ وَ قالَتِ النَّصاری الْمَسِیحُ ابْنُ اللّهِ ... اتَّخَذُوا أَحْبارَهُمْ وَ رُهْبانَهُمْ أَرْباباً مِنْ دُونِ اللّهِ وَ الْمَسِیحَ ابْنَ مَرْیَمَ وَ ما أُمِرُوا إِلّا لِیَعْبُدُوا إِلهاً واحِداً لا إِلهَ إِلّا هُوَ سُبْحانَهُ عَمّا یُشْرِکُونَ}(۲).

و فیه: ان کلمه «المشرک» منصرفه عن الکتابی. و التعبیر فی قوله تعالی: {سُبْحانَهُ عَمّا یُشْرِکُونَ} لا یتنافی مع دعوی الانصراف المذکوره، و لذا نلاحظ عطف الکتابی علی المشرک فی جمله من الآیات، کقوله تعالی: {ما یَوَدُّ الَّذِینَ کَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْکِتابِ وَ لَا الْمُشْرِکِینَ ...} (۳)و غیره.

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۵۶ح۳۰

۲- التوبه: ۳۰- ۳۱

۳- البقره: ۱۰۵

۲- التمسک بقوله تعالی: {لَا تَجِدُ قَوْماً يُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ يُوادُّونَ مَنْ حَادَّ اللّهَ وَ رَسُولَهُ وَ لَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ ...}(۱)، بتقریب ان الزواج بالکتابیه لما کان موجبا لموادتها المنهی عنها فیلزم ان یکون محرما.

و فیه: انه لا تلازم بین الزواج و الموده. و مع التنزل یمکن القول بان المنهی عنه هو مواده من حادّ اللّه و رسوله من حیث الوصف المذکور لا مطلقا بل یمکن القول بعدم دلالتها علی التحریم رأسا.

۳- التمسک بموثقه زراره: «سألت ابا جعفر (علیه السلام) عن نکاح الیهودیه و النصرانیه فقال: لا یصلح للمسلم ان ینکح یهودیه و لا نصرانیه انما یحل منهنّ نکاح البله»(۲).

و فیه: ان التعبیر بجمله «لا یصلح» لا یدل علی التحریم بل هو أعم منه.

۴- موثق الحسن بن الجهم: «قال لی أبو الحسن الرّضا (علیه السلام): یا أبا محمّد ما تقول فی رجل یتزوّج نصرانیّه علی مسلمه؟ قلت: جعلت فداک و ما قولی بین یدیک؟ قال: لتقولنّ، فإنّ ذلک تعلم به قولی، قلت: لا یجوز تزویج النصرانیّه علی مسلمه و لا غیر مسلمه، قال: لم؟ قلت: لقول اللّه عزّ و جلّ «وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتّى يُؤْمِنَّ» قال: فما تقول فی هذه الآیه «وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ»؟ قلت: قوله «وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ» نسخت هذه الآیه، فتبسّم ثمّ

۱- المجادله: ۲۲

۲- وسائل الشیعه ۱۴: ۴۱۴ الباب ۳ من أبواب ما یحرم بالکفر الحدیث ۱

سکت»(۱) لکنها لا دلاله فیها علی المنع مطلقافلعل منشأ تبسمه (علیه السلام) شیئان احدهما أن آیه «لا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكاتِ» متقدمه علی آیه «وَ الْمُحْصَناتُ مِنَ الَّذِینَ - الآیه-» فان الأولی فی سوره البقره و الثانیه فی المائده و هی نزلت بعد البقره و الناسخه بعد المنسوخه و ذلک ظاهر و ثانیهما عدم الفرق بین الخاص و العام و الناسخ و المنسوخ و توهم ان العام ناسخ و الخاص منسوخ و ذلک أن آیه «وَ لا تَنْكِحُوا» عامه علی بناء علی ان المشرکات تعم الکتابیات لان أهل الکتاب مشرکون لقوله تعالی: «وَ قالَتِ الْیَهُودُ عُزَیْرٌ ابْنُ اللَّهِ وَ قالَتِ النَّصاری الْمَسِیحُ ابْنُ اللَّهِ- الی قوله-: سُبْحانَهُ عَمَّا یُشْرِكُونَ» لکنها خصت عنها لقوله: «وَ الْمُحْصَناتُ مِنَ الَّذِینَ- الآیه-» فالآیه الأولی مخصصه بالآیه الثانیه لا أنّها ناسخه لها .

۵- صحیحه زراره، عنه (علیه السلام): «سألته عن قوله تعالی «وَ الْمُحْصَناتُ مِنَ الَّذِینَ أُوتُوا الْكِتابَ مِنْ قَبْلِكُمْ» فقال: هذه منسوخه بقوله «وَ لا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوافِرِ»(۲) و یؤید ذلک خبره الاخر ایضا عن أبی جعفر (علیه السلام): «لا ینبغی نکاح أهل الکتاب، قلت: جعلت فداک و أین تحریمه، قال قوله تعالی {و لا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوافِرِ}(۳) و علی القول بالنسخ تثبت الحرمه مطلقا.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۵۷ح۶

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۵۸ح۸

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۵۸ح۷

و اما ما عن رساله محکم المرتضی عن تفسیر النعمانیّ بإسناده، عن علیّ (علیه السلام) «و أما الآیات الّتی نصفها منسوخ و نصفها متروک بحاله, و ما جاء من الرّخصه و العزیمه فقوله تعالی «وَ لا تَنْکِحُوا الْمُشْرِکاتِ حَتّی یُؤْمِنَّ وَ لَأَمَهٌ مُؤْمِنَهٌ خَیْرٌ مِنْ مُشْرِکَهٍ وَ لَوْ أَعْجَبَتْکُمْ وَ لا تُنْکِحُوا الْمُشْرِکِینَ حَتّی یُؤْمِنُوا وَ لَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَیْرٌ مِنْ مُشْرِکٍ وَ لَوْ أَعْجَبَکُمْ» و ذلک أنّ المسلمین کانوا ینکحون فی أهل الکتاب من الیهود و النّصاری و ینکحونهم، ثمّ قال تعالی فی سوره المائده ما نسخ هذه الآیه، فقال «وَ طَعامُ الَّذِینَ أُوتُوا الْکِتابَ حِلٌّ لَکُمْ وَ طَعامُکُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَ الْمُحْصَناتُ مِنَ الْمُؤْمِناتِ وَ الْمُحْصَناتُ مِنَ الَّذِینَ أُوتُوا الْکِتابَ مِنْ قَبْلِکُمْ» فأطلق اللّه مناکحتهنّ بعد أن کان نهی، و ترک قوله «وَ لا تُنْکِحُوا الْمُشْرِکِینَ حَتّی یُؤْمِنُوا» علی حاله لم ینسخ» الدال علی عدم منسوخیه الایه و بمضمونه أفتی القمّی فی تفسیره. فمرسل ولا یعارض صحیح زراره المتقدم.

الثالث: التفصیل بین الاختیار و الاضطرار ذهب الیه القاضی فقال: «یحرم للمسلم العقد علی المشرکه عابده وثن أو یهودیّه أو نصرانیّه أو مجوسیّه أو غیر ذلک علی اختلافهم فی الشرک إلّا عند الضّروره الشدیده فإنّه إذا کان کذلک جاز أن یعقد علی الیهودیّه و النصرانیّه دون غیرهما من المشرکات و یمنعهما من عقد علیهما من شرب الخمر و أکل لحم الخنزیر، و یجوز وطی الیهودیّه و النصرانیّه بملک الیمین دون غیرهما، و قد ذکر جواز وطی المجوسیّه بالملک و قیل: إنّه مکروه و ترک ذلک أفضل علی کلّ حال».

ص:۱۳۶

هذا و موضع الخلاف فی الیهودیّه و النصرانیّه من الکتابیّه إنّما هو بالتزوّج، و أمّا بالیمین فیجوز فیهما إجماعا و إنّما الخلاف فی المجوسیّه من الکتابیّه، فأنکره المفید و الحلیّ، و جوّزه الصدوق و الشّیخ و ابن حمزه، و کذا الإسکافیّ فقال: «و أختار لمن وجد الغناء عن نکاح أهل الکتابیین ترک مناکحتهم بالعقد فی دار الإسلام فأمّا فی دار حربهم فلا یجوز ذلک فإن دعت إلی ذلک ضروره فی دار الإسلام أن یکون بالأبکار منهنّ و أن یمنعهنّ من أکل و شرب ما هو محرّم فی الإسلام، و لا یحلّ نکاح من کان من نصاری بنی تغلب شرذمه العرب و مشرکیهنّ و من لم یصحّ له کتاب من الصابئین و غیرهنّ، و اجتناب مناکحتهنّ أحبّ، و السّامره فیجرون مجری الیهود إن کانوا من بنی إسرائیل، و لا بأس بوطی من ملک من هذه الأصناف کلّها و لکن لا یطلب الولد من غیر الکتابیّه»(۱).

و قد یستدل له بصحیح یونس عنهم علیهم السّلام: «لا ینبغی للمسلم الموسر أن یتزوّج الأمه إلّا أن لا یجد حرّه، فکذلک لا ینبغی له أن یتزوّج امرأه من أهل الکتاب إلّا فی حال الضروره حیث لا یجد مسلمه حرّه و لا أمه»(۲).

و صحیح محمّد بن مسلم، عنه (علیه السلام) فی خبر: و لا ینبغی للمسلم أن یتزوّج یهودیّه و لا نصرانیّه و هو یجد مسلمه حرّه أو أمه»(۳).

۱- النجعه ج۸ کتاب النکاح ص ۴۶۹

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۶۰ح۸

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۵۸ح۱۰

الرابع: الجواز مطلقا ذهب اليه الصدوقان و العمانىّ و القمّى , و ذلک لصحیحه معاویه بن وهب و غیره عن ابى عبد اللّه (علیه السلام): «الرجل المؤمن یتزوّج الیهودیه و النصرانیه فقال: إذا أصاب المسلمه فما یصنع بالیهودیه و النصرانیه؟ فقلت له: یکون له فیها الهوى، قال: ان فعل فلیمنعها من شرب الخمر و أکل لحم الخنزیر و اعلم أنّ علیه فى دینه غضاضه»(۱) و غیرها.

اقول: هذه هى الاقوال و ما دل علیها من الاخبار و مقتضى القاعده القول بالحرمه مطلقا باعتبار منسوخیه الحلیه فیکون ما دل على الجواز مخالفا للقران و هذا هو الصحیح الّا انه مع ذلک نقول بالجواز مطلقا و ذلک لان صحیح أبى بصیر، عن أبى جعفر (علیه السلام): سألته عن رجل له امرأه نصرانیّه، له أن یتزوّج علیها یهودیّه؟ فقال: إنّ أهل الکتاب ممالیک للإمام و ذلک موسّع منّا علیکم خاصّه فلا بأس أن یتزوّج...»(۲) قد دل على جواز ذلک بتحلیل من الامام باعتبار ان أهل الکتاب ممالیک للإمام و ان ذلک موسّع من الائمه علیهم السلام للشیعه خاصّه , و یدل على انهم ممالیک الامام موثق زراره عن أبى جعفر (علیه السلام): سألته عن نصرانیّه کانت تحت نصرانى

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۴۱۲ الباب ۲ من أبواب ما یحرم بالکفر الحدیث ۱

۲- الکافى (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۵۸ح ۱۱

فطلقها هل عليها عده مثل عده المسلمه؟ فقال: لا لان أهل الكتاب مماليك للإمام ...»(۱) و مثله صحیح ابی ولاد(۲).

و علیه یحمل صحیح محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام): «سألته عن نكاح اليهوديّه و النصرانيّه، فقال: لا بأس به أما علمت أنّه كان تحت طلحه بن عبيد اللّه يهوديّه على عهد النّبيّ (صلى الله علیه و آله) »(۳) و بذلک یرتفع التعارض بین الاخبار.

نعم لا يجوز للمسلم الزواج بالكتابيه على زوجته المسلمه بدون اذنها حتى بناء على جواز زواج المسلم بالكتابيه و ذلک لعده روایات، كصحيحه محمد بن مسلم عن ابی جعفر (علیه السلام): «لا تتزوج اليهوديه و النصرانيه على المسلمه»(۴) و غیرها.

بل فی بعضها يضرب الزوج ثمن حدّ الزاني، كما في صحيح هشام بن سالم عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «رجل تزوج ذميه على مسلمه، قال:يفرّق بينهما و يضرب ثمن حدّ الزاني اثنا عشر سوطا و نصفا فان رضيت المسلمه ضرب ثمن الحدّ و لم يفرّق

۱- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ۶ ص۱۷۴

۲- الفقیه ج ۴ ص۱۴۱

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۹۸ح۵

۴- وسائل الشيعه ۱۴: ۴۱۸ الباب ۷ من أبواب ما يحرم بالكفر المتعه الحديث ۱

بینهما ...»(۱)و دلالتها واضحه فی ان عدم الجواز حق للمسلمه و لیس حکما شرعیا لیمتنع ارتفاعه باذنها أو رضاها المتاخر.

و اما خبر منصور بن حازم، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن رجل تزوّج ذمّیّه علی مسلمه و لم یستأمرها، قال: یفرّق بینهما، قال: قلت: فعلیه أدب؟ قال: نعم اثنا عشر سوطا و نصف، ثمن حدّ الزّانی و هو صاغر، قلت: فإن رضیت الحرّه المسلمه بفعله بعد ما کان فعل؟ قال: لا یضرب و لا یفرّق بینهما یبقیان علی النّکاح الأوّل»(۲) الدال علی سقوط تأدیبه برضاها فضعیف سندا ولا یعارض صحیح هشام.

هذا و قد یقال بوورد الفرق بین الدائم والمنقطع بعدم جواز نکاح الدّائم للیهودیّه و النصرانیّه علی المسلمه بلا اذن منها و جوازه فی المتعه بلا اذن منها، لکنها کلها ضعیفه السند و اقتصر الشیخ علی روایتها و فی اسناد ثلاث منها محمد بن سنان الضعیف و لا وثوق لنا بها , کما و من المحتمل ورودها فی مقام جواز اصل الزواج معها وهی:

خبر الحسن بن فضّال، عن بعض أصحابنا، عن الصّادق (علیه السلام): «لا بأس أن یتمتّع الرّجل بالیهودیّه و النصرانیّه و عنده حرّه»(۳).

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۴۱۹ الباب ۷ من أبواب ما یحرم بالکفر الحدیث ۴

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۲۴۱ح۸

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۵۶ح۲۸

و خبر زراره: «سمعته يقول: لا بأس بأن تتزوّج اليهوديّه و النصرانيّه متعه و عنده امرأه»(۱).

و خبر محمّد بن سنان، عن الرّضا (عليه السلام): «سألته عن نكاح اليهوديّه و النصرانيّه، فقال: لا بأس، فقلت: فمجوسيّه؟ فقال: لا بأس به- يعنى متعه»(۲).

و خبر منصور الصيقل، عن الصّادق (عليه السلام): لا بأس بالرّجل أن يتمتّع بالمجوسيّه»(۳). و مثله خبر حمّاد بن عيسى، عن بعض أصحابنا، عنه (عليه السلام) .

(و لو ارتد أحد الزوجين قبل الدخول بطل النكاح)

سواء كان الارتداد فطريا أم مليا و ذلک لصحيح ابن محبوب وهو من اصحاب الاجماع عن هشام بن سالم وهو ثقه عن عمّار السّاباطيّ عن الصّادق (عليه السلام): «كلّ مسلم بين المسلمين ارتدّ عن الإسلام و جحد محمّدا (صلى الله عليه و آله) نبوّته و كذّبه فإنّ دمه مباح لكلّ من سمع ذلک منه و امرأته بائنه منه يوم ارتدّ فلا تقربه و يقسم ماله على ورثته و تعتدّ امرأته عدّه المتوفى عنها زوجها و على الإمام أن يقتله و لا

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۵۶ح۲۹

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۵۶ح۳۱

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۵۶ح۳۲

یستتیبه»(1) و به افتی الاصحاب و علیه فلا یضر کون عمّار راویه وان کثیرا من روایاته من الشواذّ.

قیل: و بطلان نکاحه لإنه لا تقبل توبته.

قلت: إطلاقه النص المتقدم یدل علی بطلان النکاح و لو تاب و أنّه لو لم یتب لاـ یستتاب، لا أنّه إذا تاب لا تقبل الّا اذا کان هناک تلازم عرفی بینهما و هو محل تامل.

نعم یدل علی عدم قبول توبته صحیح محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام): «سألته عن المرتدّ فقال: من رغب عن الإسلام و کفر بما أنزل اللّه علی محمّد (صلی الله علیه و آله) بعد إسلامه فلا توبه له، و قد وجب قتله و بانت منه امرأته و یقسم ما ترک علی ولده»(2) و اطلاقه وان کان یشمل الملّیّ و الفطریّ الّا انه مقید بصحیح علیّ بن جعفر، عن أخیه (علیه السلام): «سألته عن مسلم تنصّر، قال: یقتل و لا یستتاب، قلت: فنصرانیّ أسلم ثمّ ارتدّ عن الإسلام؟ قال: یستتاب، فإن رجع و إلّا قتل»(3).

و علیه تحمل ما ورد من المطلقات فی الاستتابه و ذلک لان النسبه بینهما العموم و الخصوص المطلق و القاعده فیهما تقتضی التخصیص. کما فی صحیح ابن

1- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج 6، ص: 174ح1
2- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج 6، ص: 174ح2
3- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج 7، ص: 257ح10

محبوب عن غير واحد، من أصحابنا، عن أبى جعفر، و أبى عبد اللّه عليهما السّلام فى المرتدّ يستتاب؟ فإن تاب و إلّا قتل و المرأه إذا ارتدّت عن الإسلام استتيبت فإن تابت و رجعت و إلّا خلّدت فى السجن و ضيّق عليها فى حبسها»(۱).

و صحيح جميل بن درّاج و غيره عن أحدهما عليهما السّلام فى رجل رجع عن الإسلام قال: يستتاب، فإن تاب و إلّا قتل، قيل لجميل: فما تقول إن تاب ثمّ رجع عن الإسلام، قال: يستتاب، فإن تاب و إلّا قتل، قيل فما تقول إن تاب ثمّ رجع؟ قال: لم أسمع فى هذا شيئا و لكنّه عندى بمنزله الزّانى الذى يقام عليه الحدّ مرّتين، ثمّ يقتل بعد ذلك، و قال: و روى أصحابنا أنّ الزّانى يقتل فى المرّه الثالثه»(۲), .

و خبر مسمع، عن الصّادق (عليه السلام) فى خبر: «قال أمير المؤمنين (عليه السلام): المرتدّ تعزل عنه امرأته و لا تؤكل ذبيحته و يستتاب ثلاثه أيّام فإن تاب و إلّا قتل يوم الرّابع»(۳).

(و يجب) على الزوج (نصف المهر إن كان الارتداد من الزوج)

لأنها استحقت نصف المهر بالعقد و الفسخ جاء من جهته فيستصحب. ثم إن كانت التسميه صحيحه فنصف المسمى و إلّا فنصف مهر المثل.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۲۵۶ح۳

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۲۵۶ح۵

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۲۵۸ح۱۵

و قیل یجب جمیع المهر لوجوبه بالعقد و لم یثبت تشطیره إلّا بالطلاق قال تعالی {وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسّوهُنّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنّ فَرِیضَهً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ}(۱).

قلت: هذا ما تقتضیه القاعده لولا الدلیل و الظاهر من معتبر السّکونیّ «عن الصّادق (علیه السلام): قال: أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی مجوسیّه أسلمت قبل أن یدخل بها زوجها، فقال أمیر المؤمنین (علیه السلام) لزوجها: أسلم، فأبی زوجها أن یسلم فقضی لها علیه نصف الصّداق، و قال: لم یزدها الإسلام إلّا عزّا»(۲) ثبوت نصف المهر حتی لو لم یکن فراقهما بالطلاق .

(و لو کان) الارتداد (منها فلا مهر) لها لأن الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول.

(و لو کان) الارتداد (بعده) أی بعد الدخول (وقف) انفساخ النکاح (علی انقضاء العده)

إن کان الارتداد من الزوجه مطلقا أو من الزوج عن غیر فطره فإن رجع المرتد قبل انقضائها ثبت النکاح و إلّا انفسخ کما فی معتبر منصور بن حازم، عن الصّادق (علیه السلام) «سألته عن رجل مجوسیّ أو مشرک من غیر أهل الکتاب کانت تحته امرأه فأسلم أو أسلمت؟ قال: ینتظر بذلک انقضاء العدّه، و إن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضی عدّتها فهما علی نکاحهما الأوّل، و إن هو لم یسلم حتّی تنقضی العدّه،

۱- البقره ایه ۲۳۷

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۳۶ح۶

فقد بانت منه»(۱), قلت: فی سنده عبد الله بن محمد والظاهر انه بنان اخو احمد الاشعری الذی لم یستثنه ابن الولید من نوادر الحکمه وعلیه فالسند لا اشکال فیه , کما وان الشیخ رواه باسناد اخر(۲) ولا اشکال فیه الا من جهه محمد الطیالسی وهو ممدوح, و هذا مما یکفی فی الموثوقیه علی فرض ضعف السند الاول.

و علیه یحمل اطلاق صحیح عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (علیه السلام): «إذا أسلمت امرأه، و زوجها علی غیر الإسلام فرّق بینهما»(۳).

و اما صحیح البزنطیّ قال: «سألت الرّضا (علیه السلام) عن الرّجل تکون له الزّوجه النّصرانیّه فتسلم هل یحلّ لها أن تقیم معه؟ قال: إذا أسلمت لم تحلّ له، قلت: جعلت فداک فإنّ الزّوج أسلم بعد ذلک أ یکونان علی النکاح، قال لا، بتزویج جدید»(۴) فاطلاقه مقید بما اذا کان اسلامه بعد انقضاء العده.

(و لا یسقط شی ء من المهر) لاستقراره بالدخول (و لو کان) ارتداده (عن فطره بانت) الزوجه (فی الحال)

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۳۵ح۳
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۰۱ح۱۶ و فیه «و إن هی لم تسلم».
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۳۵ح۲
۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۰۰ح۱۳

لموثق عمار المتقدم(۱) و لا ـ تقبل توبته بل يقتل و تخرج عنه أمواله بنفس الارتداد كما هو ظاهر الموثق و تبين منه زوجته و تعتد عده الوفاه.

(و لو أسلم زوج الكتابيه) دونها (فالنكاح بحاله)

الى انقضاء العده لمعتبر منصور المتقدم ففيه: «أو أسلمت قبل أن تنقضی عدّتها فهما على نكاحهما الأوّل» وهو مطلق سواء كان قبل الدخول او بعده دائما او منقطعا كتابيا كان الزوج أم وثنيا.

(و لو أسلمت دونه) بعد الدخول (وقف) الفسخ (على) انقضاء (العده) لمعتبر منصور المتقدم و العده هی عده الطلاق لانصراف المعتبر اليها من حين إسلامها فإن انقضت و لم يسلم تبين أنها بانت منه حين إسلامها و إن أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح, و بذلك افتى الشيخ فی خلافه و القاضی و الحلّی.

و للشيخ قول اخر فی نهايته بأن النكاح لا ينفسخ بانقضاء العده إذا كان الزوج ذميا لكن لا يمكن من الدخول عليها ليلا و لا من الخلوه بها و لا من إخراجها إلى دار الحرب ما دام قائما بشرائط الذمه استنادا إلى خبر يونس قال: «الذّمّی تكون له المرأه الذّمّيّه، فتسلم امرأته؟ قال: هی امرأته تكون عندها بالنّهار و لا يكون عندها

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۷۴ح۱

باللّيل، قال: فإن أسلم الرّجل و لم تسلم المرأه يكون الرّجل عندها باللّيل و النّهار»(۱).

وفیه: انه مع ضعفه بسهل مما تفرد به محمد بن عیسی عن یونس وقد رد ابن الولید ما تفرد به العبیدی عن یونس مضافا الی انه لم یسنده عن المعصوم.

و الی خبر محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام): إنّ أهل الکتاب و جمیع من له ذمّه إذا أسلم أحد الزّوجین فهما علی نکاحهما، و لیس له أن یخرجها من دار الإسلام إلی غیرها و لا یبیت معها و لکنّه یأتیها بالنّهار فأمّا المشرکون مثل مشرکی العرب و غیرهم فهم علی نکاحهم إلی انقضاء العدّه فقد بانت منه و لا سبیل له علیها و کذلک جمیع من لا ذمّه له- الخبر»(۲).

و مرسله جمیل بن درّاج عن أحدهما علیهما السّلام «أنّه قال فی الیهودیّ و النصرانیّ و المجوسیّ إذا أسلمت امرأته و لم یسلم، قال: هما علی نکاحهما و لا یفرّق بینهما و لا یترک أن یخرج بها من دار الإسلام إلی دار الکفر»(۳).

اقول: و حیث اعرض الاصحاب عنها فلا وثوق لنا بها فلا تعرض ما تقدم مما عمل به الاصحاب.

ص:۱۴۷

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۳۷ح۸

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۵۸ح۹

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۰۰ح۱۲

(و إن كان) الإسلام (قبل الدخول و أسلمت الزوجه بطل) العقد و لا مهر لها لأن الفرقه جاءت من قبلها و لصحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج، عن الكاظم (عليه السلام) «فی نصرانیّ تزوّج نصرانيّه فأسلمت قبل أن يدخل بها، قال: قد انقطعت عصمتها منه و لا مهر لها و لا عدّه عليها منه»(۱).

لكن يعارضه معتبر السّكونیّ «عن الصّادق (عليه السلام): قال: أمير المؤمنين (عليه السلام) فی مجوسيّه أسلمت قبل أن يدخل بها زوجها، فقال أمير المؤمنين (عليه السلام) لزوجها: أسلم، فأبی زوجها أن يسلم فقضی لها عليه نصف الصّداق، و قال: لم يزدها الإسلام إلّا عزّا»(۲) حيث دل علی عدم سقوط نصف المهر, و السّكونیّ و إن كان عامّيّا لكن خبره ليس معرضا عنه حيث إنّ الكافی عرفت روايته لكلّ منهما.

مضافا الی قاعده نفی الضرر بناء علی دلالتها علی نفی الحكم الضرری كما هو المختار وهو هنا سقوط المهر بدليل اسلامها. و الفرقه لم تأت من قبلها بل الاسلام اوجب بينوتها وهی لم تفعل خلافا, وحيث ان قاعده الضرر ابيه عن التخصيص وكونها من القطعيات فلا وثوق لنا بصحيح ابن الحجاج فالاقوی عدم سقوط النصف من المهر.

ص:۱۴۸

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۳۶ح۴
۲- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۳۶ح۶

هذا و إن أسلم الزوج بقى النكاح كما مر و لو أسلما معا ثبت النكاح لانتفاء المقتضى للفسخ.

حصيله البحث:

تحرم الكافره غير الكتابيّه على المسلم إجماعاً و حللت الكتابيّه من قبل ائمه اهل البيت عليهم السلام لشيعتهم دواماً و متعهً و ملك يمينٍ، و لا يجوز للمسلم الزواج بالكتابيه على زوجته المسلمه بدون اذنها بل يضرب الزوج ثمن حدّ الزانى, و لو ارتدّ أحد الزّوجين قبل الدّخول بطل النّكاح سواء كان الارتداد فطريا أم مليا و يجب نصف المهر إن كان الارتداد من الزّوج، و لو كان منها فلا مهر و لو كان بعده وقف على انقضاء العدّه فإن كان الارتداد من الزوجه مطلقا أو من الزوج عن غير فطره فإن رجع المرتد قبل انقضائها ثبت النكاح و إلّا انفسخ و لا يسقط شى ءٌ من المهر، و إن كان عن فطرهٍ بانت فى الحال، و لو اسلم زوج الكتابيّه فالنّكاح بحاله، و لو أسلمت دونه وقف على العدّه، و إن كان قبل الدّخول و أسلمت الزّوجه بطل العقد و لها نصف المهر.

ص:۱۴۹

لو أسلم أحد الوثنيين قبل الدخول بطل

(الثانيه عشره: لو أسلم أحد الوثنيين قبل الدخول بطل)

كما تقدم دليله فى المساله السابقه.

(و يجب النصف بإسلام الزوج)

باعتبار انها تملكه بالعقد لكن لا دليل عليه بالخصوص نعم انما تملك النصف بطلاقه قبل الدّخول و لم يطلّقها و جاء الفسخ من قبل المرأه حيث لم تسلم و أيضا لو كان عليه نصف المهر كان عليه غرامه لإسلامه و لم يزده الإسلام إلّا عزّا كما تقدم فى معتبر السكونى و لقاعده نفى الضرر الداله على نفى الحكم الضررى , و ايجابه عليه حكم ضررى .

(و بعده) أى بعد الدخول (يقف) الفسخ (على) انقضاء (العده)

فإن انقضت و لم يسلم الآخر تبين انفساخه من حين الإسلام كما تقدم دليله , و إن أسلم فيها استمر النكاح .

(و لو أسلما معا فالنكاح بحاله) لعدم المقتضى للفسخ.

ص:۱۵۰

(و لو أسلم الوثنى) و من فى حكمه (أو الكتابى على أكثر من أربع) نسوه بالعقد الدائم (فأسلمن أو كن كتابيات) بناءً على جواز الزواج بهن (تخير أربعا) منهن و فارق سائرهن إن كان حرا و هن حرائر و إلا اختار ما عين له سابقا من حرتين و أمتينأو ثلاث حرائر و أمه و العبد يختار حرتين أو أربع إماء أو حره و أمتين ثم تتخير الحره فى فسخ عقد الأمه و إجازته كما تقدم.

و يؤيد ذلك خبر عقبه بن خالد، عن الصّادق (عليه السلام) فى مجوسىّ أسلم و له سبع نسوه و أسلمن معه كيف يصنع؟ قال: يمسك أربعا، و يطلّق ثلاثا»(١).

حصيله البحث:

لو أسلم أحد الوثنيّين قبل الدّخول بطل العقد و لا يجب عليه نصف المهر و بعده يقف على العدّه فإن انقضت و لم يسلم الآخر تبين انفساخه من حين الإسلام، و لو أسلما معاً فالنّكاح بحاله، و لو أسلم الوثنىّ أو الكتابىّ على أكثر من أربعٍ فأسلمن أو كنّ كتابيّاتٍ تخيّر أربعا .

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۳۶ح٧ و التّهذيب ح ٧۴ من باب من أحلّ اللّه نكاحه» عن عقبه بن هلال بن خالد، عنه (عليه السلام) .

لا یحکم بفسخ نکاح العبد بإباقه

(الثالثه عشره: لا یحکم بفسخ نکاح العبد بإباقه و ان لم یعد فی العده علی الأقوی) لاصاله بقاء الزوجیه .

(و روایه عمار ضعیفه السند) و هی: «سألت الصّادق (علیه السلام) عن رجل أذن لعبده فی تزویج امرأه فتزوّجها، ثمّ إنّ العبد أبق؟ فقال: لیس لها علی مولاه نفقه، و قد بانت عصمتها منه، فإنّ إباق العبد طلاق امرأته و هو بمنزله المرتدّ عن الإسلام، قلت: فإن رجع إلی موالیه ترجع المرأه إلیه؟ قال: إن کانت قد انقضت عدّتها، ثمّ تزوّجت غیره فلا سبیل له علیها، و إن لم تتزوّج و لم تنقض العدّه فهی امرأته علی النّکاح الأوّل»(۱) و عمل بها الشیخ و بها افتی الفقیه(۲) .

و یؤیّده خبر داود بن الصرمیّ قال: «و سألته عن عبد کانت تحته زوجه حرّه، ثمّ إنّ العبد أبق أ تطلّق زوجته من أجل إباقه؟ قال: نعم إن أرادت هی ذلک»(۳).

هذا و لم یروهما الکلینیّ و الظاهر اعراض الاصحاب عنهما فالعمل بهما مشکل.

حصیله البحث:

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸، ص: ۲۰۷ح۳۷

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۵۴

۳- السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (و المستطرفات)، ج ۳، ص: ۵۸۲

لا يحكم بفسخ نكاح العبد بإباقه و إن لم يعد فى العدّه على الأقوى .

الكفاءه معتبره فى النكاح

(الرابعه عشره: الكفاءه معتبره فى النكاح)

أى من حيث الدّيانه لا من حيث الشّرف و الرّفعه كما فى صحيح أبى حمزه الثّمالى، عن الباقر (عليه السلام) - فى خبر طويل- وقد اشتمل على أنّ منجح بن رباح خطب إلى فلان بن أبى رافع فردّه لدمامته و غربته و حاجته، فشكاه إلى الباقر (عليه السلام) فقال (عليه السلام) له: أنت رسولى إليه قل له: يقول لک محمّد بن علىّ بن الحسين بن علىّ بن أبى طالب عليهم السّلام: زوّجه ابنتک و لا تردّه، فوثب فرحا برسالته (عليه السلام) ثمّ قصّ (عليه السلام) بعد رواح الرّجل قصّه جويبر الذى كان حسن الإسلام و لكن كان قصيرا دميما محتاجا عاريا من قباح السّودان فضمّه النّبىّ (صلى الله عليه و آله) إليه و كان يجرى عليه طعامه و كسوته، ثمّ قال له: لو تزوّجت، فقال: أىّ امرأه ترغب فى فما من حسب و لا نسب و لا مال و لا جمال، فقال (صلى الله عليه و آله) له: أذهب اللّه تعالى بالإسلام ما كان من نخوه الجاهليّه و تفاخرها بعشائرها و باسق أنسابها فالناس اليوم كلّهم أبيضهم و أسودهم و قرشيّهم و عربيّهم و عجميّهم من آدم، و آدم خلقه اللّه من طين، و ما أعلم يا جويبر لأحد عليک اليوم فضلا إلّا من كان أتقى للّه و أطوع، ثمّ قال له: انطلق إلى زياد بن لبيد أشرف بنى بياضه الأنصار حسبا و قل له: إنّى رسول رسول اللّه (صلى الله عليه و آله) إليک، يقول لک: زوّج جويبر ابنتک الدلفاء،

فذهب فقاله له، فقال له:لا نزوّج فتياننا إلّا أكفاءنا من الأنصار، فانصرف جويبر فسمعت بنته فی خدرها ذلک، فأرسلت إلی أبیها ما هذا الکلام الذی سمعته منک، ما کان جویبر یکذب علی رسول اللّه (صلی الله علیه و آله) فجاء زیاد إلی النّبیّ (صلی الله علیه و آله) فقال له: إنّا لا- نزوّج إلّا أکفاءنا من الأنصار، فقال (صلی الله علیه و آله) له: جویبر مؤمن و المؤمن کفو المؤمنه فزوّجه، فرجع و قال لابنته ما قاله النّبیّ (صلی الله علیه و آله) فقالت له: إنّک إن عصیت رسول اللّه (صلی الله علیه و آله) کفرت فزوّجه و هیّأ له منزلا- و فراشا و لباسا و أدخل جویبر علیها، فما کلّمها ثلاث لیال و کان مشتغلا بالعباده إلی طلوع الفجر حتّی تخرج للصّلاه شکرا للّه تعالی، ثمّ إنّ النّبیّ (صلی الله علیه و آله) خرج فی غزوه و خرج جویبر معه فاستشهد فما کان فی الأنصار أیّم أنفق منها بعد جویبر»(۱).

و فی خبر ابی بکر الحضرمی عن الصادق (علیه السلام) «إنّ النّبیّ (صلی الله علیه و آله) زوّج المقداد ضباعه ابنه الزّبیر بن عبد المطّلب، و إنّما زوّجه لتتّضع المناکح و لیتأسّوا به (صلی الله علیه و آله) و لیعلموا أنّ أکرمهم عند اللّه أتقاهم»(۲).

(فلا یجوز للمسلمه التزویج بالکافر)

مطلقا بلا- خلاف فیه، و یشهد لذلک قوله تعالی: {یَا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا إِذَا جَاءَکُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِیمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَی

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۳۹ح۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۴۴ح۱

الْكَفّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَ لا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ}(۱) فان النهی فی مرحله البقاء يلازم النهی فی مرحله الحدوث ان لم يكن ذلك اولی.

كما و قد دلت عليه روايات متعدده، كصحيحه عبد اللّه بن سنان عن ابی عبد اللّه (عليه السلام): «إذا أسلمت امرأه و زوجها علی غير الإسلام فرّق بينهما»(۲) و غيرها.

(و لا يجوز للناصبی التزويج بالمؤمنه)

و كذا عكسه، و الاخبار بذلك مستفيضه كما فی صحيح عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته، عن النّاصب الذی قد عرف نصبه و عداوته هل يزوّجه المؤمنه و هو قادر علی ردّه و هو لا يعلم بردّه قال: لا يتزوّج المؤمن الناصبه و لا يزوّج الناصب المؤمنه، و لا يتزوّج المستضعف مؤمنه»(۳).

و صحيح الفضيل بن يسار، عن أبی عبد اللّه (عليه السلام) قال: «قال له الفضيل أزوّج الناصب؟ قال: لا و لا كرامه، قلت: جعلت فداك و اللّه إنّی لأقول هذا و لو جاء لی ببيت ملآن دراهم ما فعلت»(۴) وغيرهما.

۱- الممتحنه: ۱۰

۲- وسائل الشيعه ۱۴: ۴۲۱ الباب ۹ من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ۴

۳- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۴۹ح۴

۴- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۴۹ح۸

(و يجوز للمسلم التزويج متعه أو استدامه كما مرّ بالكافره) كما مرّ مفصلا.

(و هل يجوز للمؤمنه التزويج بالمخالف) من أى فرق الإسلام كان (قولان)

أحدهما: المنع لما ارسل عن الصادق (عليه السلام) عن النبى ص:«المؤمنون بعضهم أكفاء بعض»(۱) دل بمفهومه على أن غير المؤمن لا يكون كفوا للمؤمنه. وفيه: ان الظاهر من عنوان المؤمن هو من آمن بالله جل وعلا و الرسول (صلى الله عليه و آله) مضافا الى ضعف الروايه.

و لمعتبر الفضيل بن يسار عن الصادق ع: «إن العارفه لا توضع إلّا عند عارف»(۲). و فيه: انه محمول على الاستحباب لما دل على الجواز صريحا مما سياتى حملا للظاهر على الاظهر.

و لصحيح أبى بصير عن أبى عبد اللّه ع قال: تزوَّجوا فى الشُّكّاك و لا تزوّجوهم لأنَّ المرأه تأخذ من دين زوجها و يقهرها على دينه»(۳).

وفيه: ان سياق الصحيح للارشاد وحرمته تكون تكليفيه من باب ان مقدمه الحرام حرام و الكلام عن صحه العقد و فساده.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۳۷ح۲
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۵۰ح۱۱
۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۰۴ح۲۴

الثانی: الجواز علی کراهیه اختاره المفید و المحقق ابن سعید و یشهد للجواز الاخبار المستفیضه منها صحیح عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (علیه السلام) «بم یکون الرّجل مسلما یحلّ مناکحته و موارثته؟ و بم یحرم دمه؟ فقال: یحرم دمه بالإسلام إذا أظهر و تحلّ مناکحته و موارثته»(۱) و غیره من النصوص الصریحه فی الجواز.

و یشهد للکراهه خبر الفضیل و فیه «قال: فأزوّجها الرّجل غیر النّاصب و لا العارف؟ فقال: غیره أحبّ إلیّ»(۲) و هو ظاهر فی الکراهه لکنه ضعیف سندا.

نعم صحیح عبد اللّه بن سنان المتقدم «و لا یتزوّج المستضعف المؤمنه» یدل علی الکراهه.

(اما العکس فجائز لأنّ المرأه تأخذ من دین بعلها)

کما تقدم فی صحیح أبی بصیر عن أبی عبد اللَّه ع قال: «تزوَّجوا فی الشُّکَّاک و لا تزوّجوهم لأنَّ المرأه تأخذ من دین زوجها و یقهرها علی دینه»(۳).

حصیله البحث:

ص:۱۵۷

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۰۳ح۲۳
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۰۴ح۲۱
۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۰۴ح۲۴

الکفاءه من حیث الـدّیانه لا من حیث الشّـرف و الرّفعه معتبرهٌ فی النّکاح، فلا یجوز للمسـلمه التّزوج بالکافر، و لا یجوز للنّاصـب التّزوج بالمؤمنه و کـذا العکس، و یجوز للمؤمنه التّزوج بالمخالف لکنه یحرم اذا کان مقـدمه للحرام و منه فساد العقیده بخلاف العکس لأنّ المرأه تأخذ من دین بعلها فلا یترتب علیه فعل الحرام.

لیس التمکن من النفقه شرطا فی صحّه العقد

(الخامسه عشره: لیس التمکن من النفقه) قوه أو فعلا (شرطا فی صحه العقد)

لقوله تعالی {وَ أَنْکِحُوا الْأَیامیٰ مِنْکُمْ وَ الصّالِحِینَ مِنْ عِبادِکُمْ وَ إِمائِکُمْ إِنْ یَکُونُوا فُقَراءَ یُغْنِهِمُ اللّهُ مِنْ فَضلهِ وَ اللّهُ واسِعٌ عَلِیمٌ}.

و اما صـحیح أبـان، عن رجل، عن الصّادق (علیه السـلام): «الکفو أن یکون عفیفا و عنـده یسار»(۱) فبقرینه الا-یه المبارکه و ما تقدم من قصه جویبر محمول علی مرتبه من المراتب و الّا فهو مخالف للقران.

ثم إن کانت عالمه بفقره لزم العقـد و إلّا فقال الشـهید الثانی «ففی تسـلطها علی الفسـخ إذا علمت قولان مأخـذهما لزوم التضـرر ببقائها معه کذلک المنفی بالآیه و

۱- الکافی (ط - الإسـلامیه)، ج ۵، ص: ۳۴۷ح۱ والتّهذیب فی أوّل کفاءته ۱۱ من نکاحه عن محمّد بن فضـیل، عمّن ذکره عنه (علیه السلام)، و فی ۳ عن أبان عن محمّد بن الفضیل الهاشمی.

الروایه(۱) و أن النکاح عقد لازم و الأصل البقاء و لقوله تعالی {وإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَه} و هو عام و هو الأجود و الوجهان آتیان فیما إذا تجدد عجزه ...و الأقوی عدم شرطیته مطلقا».

قلت: لا دلیل علی شرطیته و اما قوله تعالی {ما جعل علیکم فی الدین من حرج} فاجنبی عن اثبات حق الفسخ لها لانه فی مقام رفع الحکم الحرجی لا اثبات حکم, و مثله حدیث لا ضرر لا دلاله فیه علی اثبات حکم.

(نعم هو شرط فی وجوب الإجابه)

لارتفاع وجوب الاجابه اذا کان حرجیا لقوله تعالی {ما جعل علیکم فی الدین من حرج} و لحدیث لا ضرر الدال علی نفی الحکم الضرری.

حصیله البحث:

لیس التّمکّن من النّفقه شرطاً فی صحّه العقد، نعم هو شرطٌ فی وجوب الإجابه اذا کان حرجیا .

۱- المراد منهما: ایه نفی الحرج و حیث لا ضرر ولا ضرار.

کراهه تزویج الفاسق خصوصا شارب الخمر

(السادسه عشره: یکره تزویج الفاسق)

و استدل للکراهه فی الفاسق بأنّه غیر مرضیّ الدّین، کما هو المفهوم عرفا من صحیح إبراهیم بن محمّد الهمدانیّ قال: «کتبت إلی أبی جعفر (علیه السلام) فی التزویج فأتانی کتابه بخطّه: قال رسول اللّه (صلی الله علیه و آله): إذا جاءکم من ترضون خلقه و دینه فزوّجوه {إِلّا تَفْعَلُوهُ تَکُنْ فِتْنَهٌ فِی الْأَرْضِ وَ فَسادٌ کَبِیرٌ}(۱) .

و فیه: انه استدلال بمفهوم اللقب و لا حجیه فیه , نعم یدل بالمنطوق علی کراهه رد المرضی دینه وخلقه و اما غیره فلا کراهه فی رده.

(خصوصا شارب الخمر)

کما فی صحیح ابن أبی عمیر، عن بعض أصحابنا، عنه (علیه السلام)، عن النّبیّ (صلی الله علیه و آله): «شارب الخمر لا یزوّج إذا خطب»(۲).

و فی مرفوع أحمد بن محمّد عن الصادق (علیه السلام) «من زوّج کریمته من شارب خمر فقد قطع رحمها»(۳) و غیرهما.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۴۷ح۳
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۴۸ح۲
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۴۷ح۱

هـذا و ذهب بعض العـامه إلى عـدم جـواز تزويـج الفـاسق مطلقـا إلّـا لمثله لقوله تعـالى {أَ فَمَنْ كانَ مُؤْمِناً كَمَنْ كانَ فاسِقاً لا يَسْتَوُون}(۱).

و فيه: ان سـياق الا يتين التى تليهـا صـريحتان فى ان المراد من الفاسق هو الكافر و يكفى احتماله فقال تعالى { أَمَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَ عَمِلُوا الصَّالِحاتِ فَلَهُمْ جَنَّاتُ الْمَأْوى نُزُلاً بِما كانُوا يَعْمَلُون * وأَمَّا الَّذِينَ فَسَقُوا فَمَأْواهُمُ النَّارُ كُلَّما أَرادُوا أَنْ يَخْرُجُوا مِنْها أُعِيدُوا فِيها وَ قِيلَ لَهُمْ ذُوقُوا عَذابَ النَّارِ الَّذِى كُنْتُمْ بِهِ تُكَذِّبُونَ}(۲) قال الشـيخ: اى العـذاب الذى كنتم به تجحدون فى دار الدنيا و لا تصدقون به(۳) ثم لو سـلمنا شـمول الايه لكل فاسق ولو لـم يكـن كافرا فالمراد من عدم الاستواء فى دار الاخره لا دار الدنيا حيث فصلت الايه التى تليها ذلك {أَمَّا الَّذِينَ آمَنُوا ..} {وأَمَّا الَّذِينَ فَسَقُوا}.

حصيله البحث:

يكره رد المرضى دينه وخلقه و يكره تزويج شارب الخمر.

ص:۱۶۱

۱- السجده ايه ۱۸

۲- السجده ايه ۱۹- ۲۰

۳- التبيان فى تفسير القرآن، ج ۸ ص: ۳۰

حكم التعريض بالعقد لذات البعل

(السابعه عشره: لا يجوز التعريض بالعقد لذات البعل)

قيل: اتفاقا, و لما فيه من الفساد . قلت: اذن حرمته تكون من باب مقدمه الحرام حرام .

(و لا للمعتدّه رجعيّه) لأنها فى حكم الزوجه فهى كذات البعل.

(و يجوز فى المعتده بائنا) كالمختلعه (التعريض من الزوج و غيره) لاصاله الجواز قال تعالى فيها { وَ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَهِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ، وَ لٰكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفاً وَ لَا تَعْزِمُوا عُقْدَهَ النِّكَاحِ حَتّٰى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ}.

(و التصريح منه) و هو الإتيان بلفظ لا يحتمل غير إراده النكاح (إن حلت له فى الحال) قيل: بأن تكون على طلقه أو طلقتين و إن توقف الحل على رجوعها فى البذل.

قلت: إنّما يتوقّف حلّ رجوعه إليها على رجوعها فى البذل، و أمّا الحلّ بالعقد كما هو محلّ البحث فلا يتوقّف، فيمكن للزّوج العقد عليها فى العدّه مع عدم رجوعها فى البذل.

ص:۱۶۲

(و يحرم) التصـريح منه (إن توقف) حلها له (على المحلل) لما فيه من الدعوه الى الحرام . قلت: اذن حرمته تكون من باب مقدمه الحرام حرام .

(و كذا يحرم التصريح فى العده من غيره مطلقا) اذا كان مقدمه للحرام .

(و يحرم التعريض للمطلقه تسعا للعده من الزوج و يجوز من غيره)

قيـل: لأـنّ حرمتهـا على الزّوج المطلّق دون غيره ,لمـا فيه من الـدعوه الى الحرام . قلت: اذن حرمته تكون من باب مقـدمه الحرام حرام .

حصيله البحث:

لا يجوز التّعرّض بالعقـد لذات البعل اذا كان مقدمه للحرام و مثلها المعتدّه رجعيّهً، و يجوز فى المعتدّه بائناً التّعريض من الزّوج و غيره و التّصـريح منه إن حلّت له فى الحال، و تحرم إن توقّف على المحلّل اذا كان مقدمه للحرام و كذا يحرم التّصـريح من غيره مطلقاً اذا كان مقدمه للحرام، و يحرم التّعريض للمطلّقه تسعاً للعدّه من الزّوج اذا كان مقدمه للحرام و يجوز من غيره.

ص:۱۶۳

حرمه الخطبه بعد اجابه الغیر

(الثامنه عشره: تحرم الخطبه بعد اجابه الغیر)

و استفید ذلک من التعلیل الوارد فی الخمر و المیسر قال تعالی {إِنَّمٰا یُرِیدُ الشَّیْطٰانُ أَنْ یُوقِعَ بَیْنَکُمُ الْعَدٰاوَهَ وَ الْبَغْضٰاءَ فِی الْخَمْرِ وَ الْمَیْسِرِ} بان کل ما یوجب ان یوقع بین الناس العداوه والبغضاء فهو حرام .

و فیه: انه لو کانت الایه ظاهره فی التعلیل صح ذلک لکن ظاهر الایه کونه من باب الحکمه.

(و لو خالف و عقد صح)

لانه لو قلنا بالحرمه فهی تکلیفیه و لا تلازم بینها و بین بطلان العقد.

(و قیل تکره الخطبه)

و لا دلیل علیه من طریقنا نعم ورد ذلک من طریق العامه فعن أبی هریره، عن النّبیّ (صلی الله علیه و آله): «لا یخطب الرّجل علی خطبه أخیه»(۱) وایضا عن ابن عمر، عنه (صلی الله علیه و آله) «لا یخطب أحدکم علی خطبه أخیه، و لا یبع علی بیع أخیه إلّا بإذنه»(۲).

۱- سنن أبی داود -کراهیه أن یخطب الرّجل علی خطبه أخیه

۲- سنن أبی داود -کراهیه أن یخطب الرّجل علی خطبه أخیه

حصیله البحث:

تحرم الخطبه بعد إجابه الغیر اذا کان مقدمه للحرام و لو خالف و عقد صحّ.

کراهه العقد علی القابله المربیه

(التاسعه عشره: یکره العقد علی القابله المربیه)

یشهد للکراهه و عدم الحرمه صریح موثق إبراهیم بن عبد الحمید: «سألت أبا الحسن (علیه السلام) عن القابله تقبل الرّجل أرله أن یتزوّجها فقال: إن کان قبّلته المره و المرّتین و الثلاثه فلا بأس و إن کانت قبّلته و ربّته و کفّلته فإنّی أنهی نفسی عنها و ولدی- و فی خبر آخر-: و صدیقی»(1) فان قوله (علیه السلام) «فإنّی أنهی نفسی عنها و ولدی» صریح فی الکراهه.

و یدل علی عدم الحرمه ایضا صحیح البزنطی قلت للرّضا (علیه السلام): «یتزوّج الرّجل المرأه قبّلته، فقال: سبحان اللّه ما حرّم اللّه علیه من ذلک»(2).

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۵۵ح۳۲

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۵۵ح۲۹

و على الكراهه يحمل ما فيخبر أبى بصير، عن الصّادق (عليه السلام): «لا يتزوّج المرأه الّتى قبّلته و لا ابنتها»(۱).

و خبر جابر، عن الصّادق (عليه السلام) قلت: «الرّجل يتزوّج قابلته، قال: لا و لا ابنتها»(۲).

و اما خبره الاخر عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن القابله أ يحلّ للمولود أن ينكحها، فقال: لا و لا ابنتها هى بعض أمّهاتها»(۳).

و مرسله الكلينى عن معاويه بن عمّار، عن الصّادق (عليه السلام): «إن قبّلت و مرّت، فالقوابل أكثر من ذلك، و إن قبلت و ربّت حرمت عليه»(۴) ورواها الفقيه مرسلا ايضا(۵).

و خبر أبان، عن إبراهيم، عنه (عليه السلام): «إذا استقبل الصبىّ القابله بوجهه حرمت عليه و حرم عليه ولدها»(۶) الظاهره فى حرمتها و ابنتها و به افتى فى المقنع: «لا تحل

ص:۱۶۶

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۵۵ح ۳۰
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۴۷ح ۱
۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۴۷ح ۱
۴- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۴۷ح ۱
۵- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۱۰
۶- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۴۷ح ۱

القابله للمولود و لا ابنتها و هی کبعض أمهاته» فمضافا لضعف اسنادها واعراض الاصحاب عنها لا تعارض ما تقدم من الموثق و الصحیح.

(و یکره أن یتزوّج ابنه بنت زوجته المولوده بعد مفارقته لأمّها، أما قبل تزویجه فلا کراهه)

و یشهد للکراهه صحیح أبی همّام إسماعیل بن همّام قال أبو الحسن (علیه السلام): «قال محمّد بن علیّ علیهما السّلام فی الرّجل یتزوّج المرأه و یزوّج بنتها ابنه فیفارقها و یتزوّجها آخر بعد، فتلد منه بنتا؟ فکره أن یتزوّجها أحد من ولده لأنّها کانت امرأته فطلّقها فصار بمنزله الأب و کان قبل ذلک أبا لها»(۱).

و صحیح صفوان بن یحیی عن زید بن الجهم الهلالیّ قال: سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن الرّجل یتزوّج المرأه و یزوّج ابنه ابنتها؟ فقال: إن کانت الابنه لها قبل أن تتزوّج بها فلا بأس»(۲) و زید بن الجهم و ان کان مهملا الّا ان الراوی عنه صفوان بن یحیی وهو من اصحاب الاجماع و عمل به الکافی(۳).

هذا و الاخبار الوارده فی جوازه مستفیضه منها صحیح عیص بن القاسم، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن الرّجل یطلّق امرأته، ثمّ خلف علیها رجل بعد، فولدت

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۵۳ح۲۰

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۳۰

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۰ح۴

للآخر هل يحلّ ولدها من الآخر لولد الأوّل من غيرها؟ قال: نعم، قال: و سألته عن رجل أعتق سريّه له ثمّ خلّف عليها رجل بعده، ثمّ ولدت للآخر، هل يحلّ ولدها لولد الذى أعتقها؟ قال: نعم»(۱) و غيره.

و اما صحيح محمّد بن عيسى قال: «كتبت إليه خشف أمّ ولد عيسى بن علىّ بن يقطين فى سنه ۲۰۳، يسأل عن تزويج ابنتها من الحسين بن عبيد: أخبرک يا سيّدى و مولاى إن ابنه مولاک عيسى بن علىّ بن يقطين أملكتها من ابن عبيد بن يقطين فبعد ما أملكتها ذكروا أنّ جدّتها أمّ عيسى بن علىّ بن يقطين كانت لعبيد بن يقطين، ثمّ صارت إلى علىّ بن يقطين فأولدها عيسى بن علىّ فذكروا أن ابن عبيد قد صار عمّها من قبل جدّتها أمّ أبيها أنّها كانت لعبيد بن يقطين، فرأيک يا سيّدى و مولاى أن تمنّ على مولاتک بتفسير منک و تخبرنى هل تحلّ له؟ فإن مولاتک يا سيّدى فى غمّ اللّه به عليم، فوقّع (عليه السلام) فى هذا الموضع بين السطرين: إذا صار عمّا لا تحلّ له؟ و العمّ والد و عمّ»(۲) فمجمل ولذا قال الشيخ فيه: و يحتمل أن يكون الخبر إنّما صار عمّها لأنّ جدّتها حيث كانت لعبيد بن يقطين ولد منه الحسين بن عبيد بن يقطين، و ليس فى الخبر أنّ الحسين كان من غيرها، ثمّ لما أدخلت إلى علىّ بن يقطين ولدت منه أيضا عيسى فصارا أخوين من جهه الأمّ و ابنى عمّين من جهه الأب، فإذا رزق عيسى بنتا كان أخوه هذا الحسين بن عبيد من قبل امّه

ص:۱۶۸

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۹۹ح۱

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۵۶ح۳۴

عمّا لها، و لو كان الحسين بن عبيد مولودا من غيرها لم تحرم بنت عيسى عليه على وجه، لأنّه يكون ابن عمّ لا غير.

و على فرض ظهوره فى الحرمه معارض بصحيح العيص و غيره و قوله تعالى {وأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُم} يشهد للأولى اما مرجحا او مرجعا.

(و) يكره (أن يتزوج بضره الأم مع غير الأب لو فارقها الزوج)

كما فى صحيح زراره، عن الباقر (عليه السلام): «ما أحبّ للرّجل المسلم أن يتزوّج ضرّه كانت لأمّه مع غير أبيه»(۱) و به افتى الفقيه(۲).

حصيله البحث:

يكره العقد على القابله المربّيه، و أن يزوّج ابنه بنت زوجته المولوده بعد مفارقته، أمّا قبل تزويجه فلا كراهيه، و أن يتزوّج بضرّه الأمّ مع غير الأب لو فارقها الزّوج.

العشرون: نكاح الشغار باطل

(العشرون: نكاح الشغار باطل و هو أن يزوّج كل من الوليّين الآخر على أن يكون بضع كلّ واحده مهرا للأخرى)

ص:۱۶۹

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۷۲ح۱۰۳

۲- الفقيه (ح ۱۴ من أخبار باب ما أحلّ اللّه عزّ و جلّ من النكاح)

و یکفی لبطلانه عدم الدلیل علی مشروعیته مضافا الی ورود النهی عنه ففی مرسل ابن بکیر عن الصّادق أو عن الباقر علیهما السّلام: «نهی عن نکاح المرأتین لیس لواحده منهما صداق إلّا بضع صاحبتها، و قال: لا یحلّ أن ینکح واحده منهما إلّا بصداق، أو نکاح المسلمین»(۱).

و خبر غیاث بن إبراهیم، عن الصّادق (علیه السلام)، عن النّبیّ (صلی الله علیه و آله): «لا جلب و لا جنب و لا شغار فی الإسلام، و الشغار أن یزوّج الرّجل ابنته أو أخته و یتزوّج هو ابنه المتزوّج أو أخته و لا یکون بینهما مهر غیر تزویج هذا هذا، و هذا هذا»(۲).

قلت: یحتمل أن یکون کلام النّبیّ (صلی الله علیه و آله) إلی «فی الإسلام» و التفسیر منه (علیه السلام) أو من الرّواه.

حصیله البحث: نکاح الشّغار باطلٌ .

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۶۰ح۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص:۳۶۲ح۲

(الفصل الرابع فی نکاح المتعه)

و لا خلاف فی شرعیّته

(و لا خلاف فی شرعیّته)

أوّلا بین العامّه و الخاصّه بل من ضرورات مذهبهم، و إن ادّعی الأوّلون بعضهم نسخه و بعضهم تحریم عمر له.

(و القرآن مصرّح به)

و یدل علی ذلک قوله تعالی: {وَ أُحِلَّ لَکُمْ مٰا وَرٰاءَ ذٰلِکُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوٰالِکُمْ مُحْصِنِینَ غَیْرَ مُسٰافِحِینَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِیضَةً}(۱).

وکذلک السنه الشریفه فأحادیثنا فی ذلک متواتره بل و أحادیث غیرنا کذلک.

فمن أحادیثنا صحیح زراره: «جاء عبد اللّه بن عمیر اللیثی إلی ابی جعفر (علیه السلام) فقال: ما تقول فی متعه النساء؟ فقال: احلّها اللّه فی کتابه و علی سنّه نبیه، فهی حلال إلی یوم القیامه فقال: یا أبا جعفر مثلک یقول هذا و قد حرّمها عمر و نهی

۱- النساء: ۲۴

عنهـا؟ فقـال: و ان كـان فعل، فقال: فانى اعيـذک باللّه من ذلک ان تحل شـيئا حرّمه عمر فقال له: فانت على قول صاحبک و انا على قول رسول اللّه (صـلى الله عليه و آله) فهلمّ ألاعنـک ان الحق مـا قـال رسول اللّه (صـلى الله عليه و آله) و ان الباطـل مـا قال صاحبک ...»(۱) و غيره.

و من احاديث غيرنا ما رواه البخارى و مسـلم عن جابر بن عبـد اللّه و سـلمه بن الاكوع قالا: «خرج علينا منادى رسول اللّه (صـلى الله عليه و آله) فقال: ان رسول اللّه (صلى الله عليه و آله) قد اذن لكم ان تستمتعوا، يعنى متعه النساء»(۲).

و بعد اتفاق السنّه الشريفه من كلا الطرفين على ذلک لا معنى للإشكال فى دلاله الآيه الكريمه بدعوى ان الاستمتاع ليس بمعنى عقـد التمتع بل بمعنى الـدخول المتحقق فى العقد الدائم و ان الآيه بصدد بيان ان الدخول موجب لاسـتحقاق المهر كاملا(۳) ان هذا لا يجدى بعد دلاله السنّه الشريفه و اتفاق المسلمين على ذلک(۴).

(و دعوى نسخه لم تثبت)

۱- وسائل الشيعه ۱۴: ۴۳۷ الباب ۱ من أبواب المتعه الحديث ۴

۲- صـحيح مسلم، كتاب النكاح، باب نكاح المتعه الرقم ۱۴۰۵، صـحيح البخارى، كتاب النكاح، باب نهى رسول اللّه (صلى الله عليه و آله) عن نكاح المتعه آخرا الرقم ۵۱۱۷.

۳- احكام القرآن لأبى بكر الجصاص ۲: ۱۸۴ و تفسير القرطبى ۵: ۱۲۹ و تفسير الرازى ۱۰:۵۱.

۴- من جمله من نقل الاتفاق على اباحه المتعه فى صدر الإسلام الفخر الرازى فى تفسيره مفاتيح الغيب ۱۰: ۵۱.

بـل ان حصول ذلـک فی زمن النـبی (صـلی الله علیه و آله) مقطوع العـدم , وان لم یکن مقطوع العـدم فهو مشـکوک فیه، و معه یجری استصحاب عدم النسخ الذی هو حجه لدی الجمیع بما فی ذلک المنکر لحجیه الاستصحاب فی باب الاحکام الکلیه.

(و تحریم بعض الصحابهإیاه)

فنقل الرازی فی تفسیره ان الخلیفه الثانی قال فی خطبته: «متعتان کانتا علی عهد رسول اللّه صلّی اللّه علیه و سلّم انا انهی عنهما و اعاقب علیهما»(۱),و مثله نقل غیره(۲).

۱- تفسیر مفاتیح الغیب للرازی ۱۰: ۵۲ و قد روی المضمون المذکور البیهقی فی سننه ۷: ۲۰۶. و نقل فی الصفحه نفسها من تفسیره عن عمران بن الحصین: «نزلت آیه المتعه فی کتاب اللّه تعالی و لم تنزل بعدها آیه تنسخها و امرنا بها رسول اللّه صلّی اللّه علیه و سلّم و تمتعنا بها و مات و لم ینهنا عنه، ثم قال رجل برأیه ما شاء». و نقل فی الصفحه نفسها من تفسیره عن الطبری فی تفسیره عن علی بن ابی طالب (علیه السلام): «لو لا ان عمر نهی الناس عن المتعه ما زنی الّا شقی».

۲- روی مسلم فی باب نکاح المتعه فی صحیحه الرقم ۱۴۰۹ عن ابی نضره قال: «کنت عند جابر بن عبد اللّه فأتاه آت فقال: ابن عباس و ابن الزبیر اختلفا فی المتعتین فقال جابر: فعلناهما مع رسول اللّه صلّی اللّه علیه و سلّم ثم نهانا عنهما عمر فلم نعد لهما». و روی أحمد فی مسنده ۳: ۳۲۵: «تمتعنا متعتین علی عهد رسول اللّه: الحج و النساء فنهانا عنهما عمر فانتهینا». و روی احمد فی مسنده أیضا ۲: ۹۵ عن عبد اللّه بن عمر الذی کان یفتی بجواز التمتع: «کیف تخالف أباک و قد نهی عن ذلک؟ فقال لهم: ویلکم ألا تتقون ... أ فرسول اللّه صلّی اللّه علیه و سلّم أحق أن تتبعوا سنّته أم سنّه عمر».

محرم و لا ینفع بعد ما کان نسخ الاحکام حقا خاصا بالنبی (صلی الله علیه و آله) و فی عصره لوضوح ان حلاله حلال إلی یوم القیامه و حرامه حرام إلی یوم القیامه(۱).

و من الجرأه علی اللّه تعالی مقاله من اجاب: «إن مخالفه المجتهد لغیره فی المسائل الاجتهادیه لیس ببدعه»(۲) فان اللّه سبحانه یقول عن نبیّه: {وَ مٰا یَنْطِقُ عَنِ الْهَویٰ* إِنْ هُوَ إِلاّٰ وَحْیٌ یُوحی(۳)، قُلْ مٰا یَکُونُ لِی أَنْ أُبَدِّلَهُ مِنْ تِلْقٰاءِ نَفْسِی إِنْ أَتَّبِعُ إِلاّٰ مٰا

۱- ورد هذا المضمون فی صحیحه زراره التی رواها الشیخ الکلینی فی الکافی ۱: ۵۸.

۲- الجواب المذکور نقله القوشجی فی شرحه علی تجرید الاعتقاد: ۳۷۴ فی مقام الدفاع عن الخلیفه الثانی- الذی صعد المنبر و قال: ایها الناس ثلاث کنّ علی عهد رسول اللّه انا انهی عنهن و احرّمهن و اعاقب علیهن و هی متعه النساء و متعه الحج و حیّ علی خیر العمل- من دون تعلیق علیه.

۳- النجم: ۳- ۴

يُوحىٰ إِلَيَّ}(۱) و فی مقابله يقال: ان النبی مجتهد كبقيه أفراد البشر دون أی فرق {كَبُرَتْ كَلِمَةً تَخْرُجُ مِنْ أَفْوٰاهِهِمْ إِنْ يَقُولُونَ إِلّا كَذِباً}(۲).

و اما ما قيل فی الرد علی مشروعيه المتعه: «سمی الزنا سفاحا لانتفاء احكام النكاح عنه من ثبوت النسب و وجوب العده و بقاء الفراش، و لما كانت هذه المعانی موجوده فی المتعه كانت فی معنی الزنا»(۳).

قلنا: هذه المناقشه باطله بعد ثبوت المشروعيه فی بدايه الشريعه بالاتفاق. مضافا الی اعتبار الامور الثلاثه «ثبوت النسب و وجوب العده و بقاء الفراش» فی الزواج المؤقت كالدائم.

و إذا قيل: ان ايجار المرأه نفسها كل فتره من الزمن لرجل يتنافی و الاحصان المؤكد عليه فی الشريعه و يتلاءم مع السفاح.

بل جواز المتعه يتنافی مع قوله تعالی: {وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حٰافِظُونَ* إِلاّٰ عَلىٰ أَزْوٰاجِهِمْ أَوْ مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ}(۴) فان المتمتع بها ليست زوجه و لا ملك يمين فيكون الزواج بها من العدوان المحرم , علی ان التحريم الصادر من الخليفه الثانی

۱- يونس: ۱۵

۲- الكهف: ۵

۳- القول المذكور هو للجصاص فی احكام القرآن ۲: ۱۸۶

۴- المعارج: ۲۹- ۳۰

لم یکن من قبل نفسه بل هو مبیّن و منفّذ له، و إذا کان النهی قد نسبه إلی نفسه فهو بهذا المعنی(۱).

قلنا: لا تنافی بین الزواج المؤقت و الاحصان إذا ما فهمنا شروطه کما ینبغی بل هو احصان شرعه الاسلام بشروطه الخاصه.

کیف و لو کان یلزم منه ذلک عاد الاشکال الی تشریعه الثابت فی عهد الرسول (صلی الله علیه و آله) جزما؟!

و لا منافاه لزواج المتعه مع الآیه الکریمه بعد ما کانت المتعه فردا حقیقیا للزواج له تمام خصوصیات الزواج الدائم الّا من بعض الجهات.

و اما قوله «ان التحریم الصادر من الخلیفه الثانی لم یکن من قبل نفسه بل هو مبیّن و منفّذ له» فیتنافی مع قول نفس الخلیفه الثانی «متعتان کانتا علی عهد رسول اللّه صلّی اللّه علیه و سلّم انا انهی عنهما و اعاقب علیهما»(۲) وغیره مما سجله التاریخ کما تقدم.

۱- القول المذکور هو لمحمد رشید رضا فی تفسیر المنار ۵: ۱۳ .

۲- تفسیر مفاتیح الغیب للرازی ۱۰: ۵۲ و قد روی المضمون المذکور البیهقی فی سننه ج: ۷- ۲۰۶ . و نقل فی الصفحه نفسها من تفسیره عن عمران بن الحصین: «نزلت آیه المتعه فی کتاب اللّه تعالی و لم تنزل بعدها آیه تنسخها و امرنا بها رسول اللّه صلّی اللّه علیه و سلّم و تمتعنا بها و مات و لم ینهنا عنه، ثم قال رجل برأیه ما شاء». و نقل فی الصفحه نفسها من تفسیره عن الطبری فی تفسیره عن علی بن ابی طالب (علیه السلام): «لو لا ان عمر نهی الناس عن المتعه ما زنی الا شقی».

ثم انه یظهر من الصحیح الاتی استحباب التمتع لا کراهه ترکه ففی صحیح محمد بن بکر قال: «سالت ابا عبد الله (علیه السلام) عن المتعه فقال: إنّی لأکره للرّجل أن یموت و قد بقیت علیه خلّه من خلال النّبیّ (صلی الله علیه و آله) لم یأتها، فقلت له: فهل تمتّع النّبیّ (صلی الله علیه و آله) ؟ قال: نعم و قرء هذه الآیه و إذا أسرّ النّبی إلی بعض أزواجه حدیثا- إلی- ثیّبات و أبکارا»(۱).

و عن رساله متعه المفید عن الباقر (علیه السلام): «إنّ عبد اللّه بن عطاء المکّی سأل الباقر (علیه السلام) عن قوله تعالی «وَ إِذْ أَسَرَّ النَّبِیُّ إِلَی بَعْضِ أَزْوَاجِهِ حَدِیثاً» فقال:إنّ النّبیّ (صلی الله علیه و آله) تزوّج بالحرّه متعه فاطّلع علیه بعض نسائه فاتّهمته بالفاحشه، فقال: إنّه لی حلال إنّه نکاح بأجل فاکتمیه فاطّلعت علیه بعض نسائه», قال و روی ابن بابویه بإسناده «أنّ علیّا (علیه السلام) نکح امرأه بالکوفه من بنی نهشل متعه»(۲).

حصیله البحث:

لا خلاف فی شرعیّه نکاح المتعه و القرآن مصرّحٌ به و دعوی نسخه لم یثبت و تحریم بعض الصّحابه إیّاه تشریعٌ مردودٌ علیه، بل هو مستحب .

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۱۲ب۲ استحباب المتعه ح۱
۲- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۱۰ح۲۱-۲۲

و إيجابه كالدائم

(و إيجابه كالدائم)

اقول: حيث ان الزواج المؤقت من جمله العقود فلا يتحقق الّا بايجاب وقبول و باعتبار انه فرد من الزواج فيشمله ما تقدم اعتباره فى الزواج الدائم.

(و قبوله كذلك)

و من جمله صيغه المفهمه لايقاعه ان تقول المرأه: متعتك أو أنكحتك أو زوجتك نفسى بمهر كذا إلى أجل كذا ثم يقول الرجل: قبلت.

و من جمله صيغه ايضا ان يقول الرجل ما فى صحيح هشام بن سالم قلت: «كيف يتزوّج المتعه؟ قال: تقول: «يا أمه اللّه أتزوّجك كذا و كذا يوما، بكذا و كذا درهما- الخبر»(۱) و غيره من النصوص المستفيضه.

(و تزيد هنا ذكر الأجل و ذكر المهر)

و بطلانه عند عدم ذلك و ذلك لصحيحه زراره عن ابى عبد اللّه (عليه السلام): «لا تكون متعه الّا بأمرين: أجل مسمى و اجر مسمى»(۲) و غيرها.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۵۵ح۵

۲- وسائل الشيعه ۱۴: ۴۶۵ الباب ۱۷ من أبواب المتعه الحديث ۱

و حکمه کالدائم فی جمیع ما سلف

(و حکمه کالدائم)

من الأحکام شرطا و ولایه و تحریما.

(إلّا ما استثنی)

من أن المتعه لا تنحصر فی عدد ومن عدم الاحتیاج إلی الطّلاق و عدم التّوارث علی القول به و کون عدّتها أقلّ، و عدم إیجابها للمحلّل أو الحرمه الأبدیّه, و ورد عدم جواز التزوّج دواما بجاریه عتق نصفها و جوازه متعه بجاریه عتق نصفها.

و لا تقدیر فی المهر قلّه و لا کثره

(و لا تقدیر فی المهر قلّه و لا کثره)

بل ما تراضیا علیه مما یتمول و قدره الصدوق فی المقنع بدرهم(1) و قد یتوهم دلاله صحیح أبی بصیر قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن متعه النّساء قال حلال و إنَّه

1- المقنع ص113

يُجزئ فيه الـدّرهم فما فوقه»(۱) على ذلـک ودلالـته من بـاب مفهوم اللقب ولا حجيه فيه وهو محمول على المثال والاصل عـدم الاشتراط.

و امـا خبر محمّـد بن النّعمـان الأحول، عن الصّادق (علیه السـلام) «عن أدنی ما یتزوّج به الرّجل متعه؟ قال: کفّین من برّ»(۲) فمع ضعفه سندا فقد رواه الکافی بسند ضعیف ایضا لکن فیه: «کف من بر»(۳) و لا عبره به لضعفه.

(و کذا) لا تقدیر (فی الأجل)

قله و کثره کما هو الاصل و شذ قول بعض الأصحاب بتقدیره قله بما بین طلوع الشمس و الزوال(۴).

حصیله البحث:

إیجاب عقد المتعه کالدّائم و قبوله کذلک و من جمله صـیغه المفهمه لایقاعه ان تقول المرأه: متعتک أو أنکحتک أو زوجتک نفسی بمهر کذا إلى أجل کذا ثم یقول الرجل: قبلت, و من جمله صیغه ایضا ان یقول الرجل ما فی صحیح هشام

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۵۷ح۳
۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۶۲
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۵۷ح۲
۴- الروضه البهیه ج۲ کتاب المتعه ص۱۰۴

بن سالم قلت: «كيف يتزوّج المتعه؟ قال: تقول: «يا أمه اللّه أتزوّجك كذا و كذا يوما، بكذا و كذا , و لابد من ذكر الأجل و ذكر المهر و ان لم يذكرهما يبطل، و حكمه كالدّائم فى جميع ما سلف إلّا ما استثنى مثل: أن المتعه لا تنحصر فى عدد و من عدم الاحتياج إلى الطّلاق و عدم التّوارث و كون عدّتها أقلّ، و عدم إيجابها للمحلّل أو الحرمه الأبديّه و غير ذلك , و لا تقدير فى المهر قلّهً و كثرهً و كذا فى الأجل .

حكم ما لو وهبها المده

(و لو وهبها المدّه قبل الدخول فعليه نصف المسمّى)

عند المصنف , قال بذلك الشّيخ و تبعه القاضى و الحلىّ وادّعى الأخير أنّ أصحابنا أجمعوا عليه قولا و عملا و رووه.

اقول: لكنّ المفيد و الدّيلمىّ و ابن حمزه و الحلبيّين لم يتعرّضوا له أصلا، و استدلّ له الشيخ بخبر سمّاعه: «سألته عن رجل تزوّج جاريه أو تمتّع بها ثمّ جعلته فى حلّ من صداقها يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئا؟ قال: نعم: إذا جعلته فى حل فقد قبضته منه، فإن خلّاها قبل أن يدخل بها ردّت المرأه على الزوج نصف الصداق»(۱) .

ص:۱۸۱

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۶۱ح۵۵

و فيه: ان الخبر ضعيف بمحمد بن سنان، و لم يروه الكافی و الفقيه و بذلک يظهر عدم صحه الاعتماد عليه و الأصل يقتضی عدم السقوط مطلقا سواء دخل بها ام لا لانها تستحق المهر كله بالعقد.

و لو أخلت بشی ء من المدّه قاصّها

(و لو أخلت بشی ء من المدّه قاصّها)

من المهر بنسبه ما أخلت به من المده بأن يبسط المهر علی جميع المده و يسقط منه بحسابه حتی لو أخلت بها أجمع سقط عنه المهر, و لو كان المانع الحيض لم يسقط باعتباره شی ء لانه كالشرط الضمنی بخلاف المرض و الخوف من ظالم فانه يسقط كالاختياری نظرا إلی أن المتعه نوع اجاره كما عبرت الايه المباركه {فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً}(۱) و الحكم فی الاجاره واضح.

و يشهد لذلک ايضا صحيح إسحاق بن عمّار: «قلت لأبی الحسن (عليه السلام) الرّجل يتزوّج المرأه متعه تشترط له أن تأتيه كلّ يوم حتّی توفيه شرطه أو يشترط أيّاما معلومه تأتيه فيها، فتغدر به فلا تأتيه علی ما شرطه عليها، فهل يصلح له أن يحاسبها علی ما لم تأته من الأيّام فيحبس عنها من مهرها بحساب ذلک؟ قال:نعم،

۱- النساء: ۲۴

ينظر ما قطعت من الشّرط فيحبس عنها من مهرها بمقدار ما لم تف له ما خلا أيّام الطمث فإنّها لها، فلا يكون عليها إلّا ما أحلّ له فرجها»(۱) وغيره.

حكم ما لو أخلّ بالأجل

(و لو أخلّ بالأجل انقلب دائما)

ذهب إلى الانقلاب الشيخ و الحلبيّان و القاضی و یستدل لهم بخبر أبان بن تغلب: قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): «كيف أقول لها إذا خلوت بها- إلی- قلت: فإنّی أستحيی أن أذكر شرط الأيّام، قال: هو أضرّ عليك، قلت: و كيف، قال: إنّك إن لم تشترط كان تزويج مقام و لزمتك النّفقه فی العدّه، و كانت وارثه و لم تقدر علی أن تطلّقها إلّا طلاق السنّه»(۲).

و موثقه عبد اللّه بن بكير عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «ان سمی الاجل فهو متعه و ان لم یسم الاجل فهو نكاح بات»(۳).

۱- الكافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۶۱ح۴

۲- الكافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۵۵ح۳

۳- وسائل الشیعه ۱۴: ۴۶۹ الباب ۲۰ من ابواب المتعه الحدیث ۱

و خبر هشام بن سالم: «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): أتزوّج المرأه متعه مرّه مبهمه؟ فقال ذلک أشدّ علیک ترثها و ترثک و لا یجوز لک أن تطلّقها إلّا علی طهر و شاهدین»(۱).

اقول: المفهوم من هذه النصوص هو ان الصیغه اذا کان یمکن ان یقع بها العقد دائما و منقطعا - کصیغه زوجت و انکحت - فبذکر الاجل یقع العقد مؤقتا و بعدمه یقع دائما و لا یمکن ان یستفاد منه ان العقد ینقلب دائما مهما کانت الصیغه و لو مثل متعت، فانه لیس فی مقام البیان من هذه الناحیه و علی فرض الشک فهذا هو القدر المتیقن منها فلا دلاله فیها علی ما قالوا.

(أو بطل علی خلاف)

و الاقوی البطلان بعد عدم دلاله الاخبار علی الانقلاب و ذلک لأن شرط المتعه الأجل و المشروط عدم عند عدم الشّرط و أنّ العقود تابعه للقصود.

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۶۷ح۷۶ قلت: لیس المراد بالمرّه فیه الجماع مرّه، بل الظاهر کون مرّه فیه ظرفا ل «أتزوّج» یعنی أتزوّج متعه تاره مبهمه بدون ذکر الأجل بقرینه ذیله «قلت: ما نقول لها؟قال: تقول: أتزوّجک علی کتاب اللّه و سنه نبیّه (صلی الله علیه و آله) و اللّه ولیّی و ولیّک کذا کذا شهرا بکذا و کذا درهما علی أنّ لی اللّه علیک کفیلا لتفینّ لی- الخبر». فلم یذکر فیه سوی تعیین المدّه بدون عدد عمله، فیعلم أنه لم یکن فی ذاک المقام.

و أمّا ما ذهب الحليّ إليه من أنّ العقد لو كان بلفظ التمتّع فباطل و إن كان بلفظ التزويج، و الإنكاح ينقلب دائما. فليس بصحيح وذلك لان العقود تابعه للقصود فاذا قصد التمتع و اتى بصيغه التزوج مع اقامه القرينه على التمتع ينعقد موقتا كما تقدم فى صحيح هشام بن سالم قلت: «كيف يتزوّج المتعه؟ قال: تقول: «يا أمه اللّه أتزوّجك كذا و كذا يوما، بكذا و كذا درهما- الخبر»(١) و غيره من النصوص وكذلك العكس لو اتى بصيغه التمتع واراد الدوام انعقد دائما.

حكم تجديد العقد قبل انقضاء المده

هذا و المعروف عدم صحه تجديد العقد عليها قبل انتهاء الاجل و استدل لذلك صاحب الجواهر(٢) بوجوه ثلاثه:

١- ان العقد إذا كان يؤثر من حينه يلزم محذور تحصيل الحاصل، و ان كان يؤثر بعد انتهاء الاجل يلزم تأخر الاثر عن المؤثر، و هو مستحيل.

و اجيب: بان محذور تحصيل الحاصل يختص بالامور التكوينيه دون الامور الاعتباريه، و ما المانع من تأثير العقد؟ فهو تأكيد بالنسبه الى الحاصل بلحاظ الفتره الباقيه و تأسيس بلحاظ ما بعد انتهاء الاجل.

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۵۵ح۵

٢- جواهر الكلام ٣٠: ٢٠٢

و فیه: ان العقـد الجدیـد لا یفترض فیه التأکیـد بل ما هیته التأسـیس و علیه فشـموله لما هو حاصل باطل قطعا و بـذلک یبطل فی الکل لان ما قصد لم یقع .

۲- التمسک بمفهوم صـحیحه ابی بصـیر: «لا بأس ان تزیـدک و تزیـدها إذا انقطع الاجل فیما بینکما تقول لها اسـتحللتک بأجل آخر برضا منها و لا یحلّ ذلک لغیرک حتی تنقضی عدتها»(۱).

و فیه: انه لا یبعد نظر صحیحه ابی بصیر فی مفهومها الی انه یجوز بعد انتهاء الاجل تجدید العقد من دون توقف علی انتهاء العده و لیست ناظره إلی ما هو المقصود فی محل الکلام.

۳- التمسک بروایه ابان بن تغلب: «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السـلام): جعلت فداک الرجل یتزوج المرأه متعه فیتزوجها علی شهر ثم انها تقع فی قلبه فیحب أن یکون شـرطه أکثر من شـهر فهل یجوز ان یزیدها فی اجرها و یزداد فی الایام قبل ان تنقضـی ایامه التی شـرط علیها فقال: لا، لا یجوز شـرطان فی شرط. قلت: فکیف یصنع؟ قال: یتصدق علیها بما بقی من الایام ثم یستأنف شرطا جدیدا»(۲).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۵۸ح ۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۵۸ح ۲

و فیه: ان روایه ابـان و ان کانت تامه الـدلاله الّا ان الکلینی قـد رواها بطرق ثلاث تشترک جمیعا فی ابراهیم بن الفضل الهاشـمی الذی لم تثبت وثاقته , و علیه فلم یسلم الّا الوجه الاول فالحکم بعدم الجواز هو الاقوی .

(و لو تبین فساد العقد)

امـا بظهور زوج أو عـده أو کونها محرمه علیه جمعا أو عینا أو غیر ذلک من المفسـدات فقـد اختلف الاصـحاب فی حکمه علی اقوال:

الاول: أنها لا شی ء لها مع العلم و لها مهر المثل مع الجهل و اختاره المصنف حیث قال: (فمهر المثل مع الدخول) و جهلها حاله الوطء لأنه وطء محترم فلا بد له من عوض و قد بطل المسمی فیثبت مهر مثلها فی المتعه المخصوصه.

و فیه: انه لوقلنا باحترام عملها فلها اجره الوطی لا المهر ولعل المراد من صحیح حفص الاتی هذا المعنی .

ثانیهـا: أن لهـا مـا أخـذت و لاـ یلزمه أن یعطیهـا مـا بقی اختـاره المفیـد و الشیخ فی النهـایه و لم یفرقـا بین أن یکـون عـالمه أو جاهلهاستنادا إلی صـحیح حفص بن البختریّ، عن الصّادق (علیه السـلام) قال: «إذا بقی علیه شی ء من المهر و علم أنّ لها زوجا فما أخذته فلها بما استحلّ من فرجها و یحبس عنها ما بقی عنده»(1) .

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۶۱ح۲

و لاـ يخفى ان إطلاـقه مقطوع البطلاـن و ذلـك لانهـا إذا كـانت عـالمه تكون بغيّا و لا مهر لبغيّ اذ لا حرمه للزنا ولا يصـح عليه العقد.

ثالثها: ان كانت عالمه فلا شـى ء لها و ان كانت جاهله فلها مجموع المسـمى اختاره المحقق و جماعه و يشـكل بان المسمى انما يلزم بالعقد الصحيح لا بالفاسد.

رابعها: أنه لا شـى ء لها مع العلم و مع الجهل يلزمه أقل الامرين من المسمى و مهر المثل لانها اقدمت على الاقل لو كان المسمى اقل.

و فيه: ما تقدم فى الوجه السابق.

اقول: و حاصل ما تقدم أنه لا شى ء لها مع العلم و مع الجهل يلزمه اجره الوطى لا غير.

و اما قبل الدخول فلا شـى ء لها لبطلان العقد المقتضـى لبطلان المسـمى فإن كانت قد قبضته استعاده و إن تلف فى يدها ضمنته مطلقا و كذا لو دخل و هى عالمه بالفساد لأنها بغى و لا مهر لبغى و على هذا يحمل خبر علىّ بن أحمد بن أشـيم قال «كتب إليه – يعنى أبا الحسن (عليه السلام) – الرّيّان بن شبيب الرّجل يتزوّج المرأه متعه بمهر إلى أجل معلوم و أعطاها بعض مهرها و أخّرته بالباقى، ثمّ دخل بها و علم بعد دخوله بها قبل أن يوفيها باقى مهرها إنّما زوّجته نفسها و لها زوج مقيم

معها أ يجوز لها حبس باقى مهرها أم لا يجوز؟ فكتب لا يعطيها شيئا لأنّها عصت اللّه عزّ و جلّ»(۱) بل هذا المعنى هو الظاهر من الخبر.

(و يجوز العزل عنها و ان لم يشترط)

و يـدل عليه مطلقات جواز العزل بالأولويّه مثل موثق عبد الرّحمن بن أبى عبد اللّه، عن الصّادق (عليه السـلام): «سألته عن العزل، فقال: ذاک إلى الرّجل»(۲)، ومثله صحيح محمّد بن مسلم، عنه (عليه السلام) و زاد «يصرفه حيث شاء»(۳) و غيره .

و يدل عليه فى خصوص المتعه صـحيح ابن أبى عمير و غيره قال: «الماء ماء الرّجل يضـعه حيث شاء إلّا أنّه إذا جاء ولد لم ينكره - و شدّد فى إنكار الولد»(۴).

۱- الکافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۶۱ح۵
۲- الکافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۵۰۴ح۱
۳- الکافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۵۰۴ح۳
۴- الکافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۶۴ح۲

و یلحق به الولد و ان عزل

(و یلحق به الولد و ان عزل)

کما فی صحیح محمّد بن مسلم، عن الصّادق (علیه السلام): «قلت له: أ رأیت إن حملت؟ قال: هو ولده»(۱).

و فی صحیح ابن أبی عمیر و غیره قال: «الماء ماء الرّجل یضعه حیث شاء إلّا أنّه إذا جاء ولد لم ینکره- و شدّد فی إنکار الولد-»(۲)

و صحیح ابن بزیع: «سأل رجل الرّضا (علیه السلام) و أنا أسمع عن الرّجل یتزوّج المرأه متعه و یشترط علیها أن لا یطلب ولدها، فتأتی بعد ذلک لولد فینکر الولد- فشدّد فی ذلک و قال: یجحد، و کیف یجحد- إعظاما لذلک- قال الرّجل: فإن اتّهمها؟ قال: لا ینبغی لک أن تتزوّج إلّا مأمونه إنّ اللّه یقول: «الزّانِی لا یَنْکِحُ إِلّا زانِیَهً أَوْ مُشْرِکَهً- الآیه»(۳). قلت: و معنی «لا یطلب ولدها» العزل عنها.

و اما ما فی الصحیح عن عمر بن حنظله، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن شروط المتعه، فقال:یشارطها علی ما یشاء من العطیّه و یشترط الولد إن أراد و لیس بینهما

ص:۱۹۰

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۶۴ح۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۶۴ح۲

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۶۹ح۸۲

میراث»(۱) فالمراد منه أنّ له أن یشترط العزل و أن یشترط الإفضاء فعبّر (علیه السلام) عمّا هو سبب أو کالسبب للولد علی ضرب من المجاز، لا أنّ له الخیار فی قبول الولد و ردّه.

و یجوز اشتراط السائغ فی العقد

(و یجوز اشتراط السائغ فی العقد کاشتراط الإتیان لیلا أو نهارا أو شرط إتیانها مرّه أو مرارا فی الزمان المعیّن)

لعموم المؤمنین عند شروطهم و لصحیح عمّار بن مروان، عن الصّادق (علیه السلام) قلت له: «رجل جاء إلی امرأه فسألها أن تزوّجه نفسها، فقالت: أزوّجک نفسی علی أن تلتمس منّی ما شئت من نظر و التماس، و تنال منّی ما ینال الرّجل من أهله إلّا أنّک لا تدخل فرجک فی فرجی، و تتلذّذ بما شئت فإنّی أخاف الفضیحه، قال: لیس له إلّا ما اشترط»(۲).

قلت: لکن قوله فی الصحیح «أزوّجک نفسی» أعمّ من التمتّع بل ظاهره الدّوام وان رواه الکافی فی نوادر التمتّع، و أفتی التّهذیب بمضمونه فی خصوص المتعه، لکن

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۷۰ح۸۳

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۶۷ح۹

لا مانع من حمله على الأعمّ بأن تكون المرأه أرادت التستر فی الدّوام و خافت الحمل مع الوقاع فتشترط عدمه.

و صحیح إسحاق بن عمّار قلت لأبی الحسن (علیه السلام): «الرّجل یتزوّج المرأه متعه تشترط له أن تأتیه کلّ یوم حتّی توفیه شرطه أو یشترط أیّاما معلومه تأتیه فیها، فتغدر به فلا تأتیه علی ما شرطه علیها فهل یصلح له أن یحاسبها علی ما لم تأته من الأیّام فیحبس عنها من مهرها بحساب ذلک؟ قال: نعم- الخبر»(۱).

و أمّا شرط الإتیان مرّه أو مرارا فی الزّمان المعیّن فیدل علیه موثق زراره: «قلت له: هل یجوز أن یتمتّع الرّجل من المرأه ساعه أو ساعتین؟ فقال: الساعه و الساعتان لا یوقف علی حدّهما(۲) و لکن العرد و العردین و الیوم و الیومین فی الثلاثه و أشباه ذلک»(۳).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۶۱ح۴

۲- أی لیس لهما حدّ ینضبط بالحس عاده فلعلها انقضت فی أثناء المجامعه , و قوله: «و العرد» بالعین المهمله و الراء و هو کنایه عن المره من الجماع. قیل: ویمکن أن یکون بالزاء المعجمه قال الفیروزآبادی:عزد جاریته کضرب جامعها.

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۵۹ح۳

و فی صحیح خلف بن حمّاد: «أرسلت إلی أبی الحسن (علیه السلام): هل یجوز أن یتمتّع الرّجل بشرط مرّه واحده، قال: نعم»(۱).

و خبر القاسم بن محمّد، عن رجل سمّاه: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن الرّجل یتزوّج المرأه علی عرد واحد؟ فقال: لا بأس، و لکن إذا فرغ فلیحوّل وجهه و لا ینظر»(۲). و ظاهرهما عدم اشتراط الزّمان المعیّن فی المرّه و المرّتین.

هذا و أمّا ما قد یقال من عدم إجزاء السّاعه و السّاعتین فلأنّه لم یکن فی ذاک العصر ما یعین مضیّ ساعه و ساعتین، و أمّا فی هذه الأعصار فیصحّ، و تکون السّاعه و السّاعتان کالیوم و الیومین.

حصیله البحث:

لو وهبها المدّه قبل الدخول فعلیه کل المسمّی، و لو أخلّت بشیءٍ من المدّه قاصّها، و لو أخلّ بالأجل بطل، و لا یصح تجدید العقد علیها قبل انتهاء الاجل , و لو تبیّن فساد العقد فلا شیء لها مع العلم و مع الجهل یلزمه اجره الوطی لا غیر، و یجوز العزل عنها و إن لم یشترط ذلک و یلحق به الولد و إن عزل، و یجوز اشتراط السّائغ فی العقد کاشتراط الإتیان لیلًا أو نهاراً أو مرّهً أو مراراً فی الزّمان المعیّن .

ص:۱۹۳

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۶۰ح۴

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۶۰ح۵

و لا يقع بها طلاق و لا إيلاء و لا لعان

(و لا يقع بها طلاق و لا إيلاء)

أمّا عدم الطّلاق فيدل عليه صحيح إسماعيل بن الفضل الهاشميّ، عن الصّادق (عليه السلام) فی خبر «فإذا انقضی الأجل بانت منه بغير طلاق- الخبر»(۱) وغيره من النصوص المستفيضه.

و أمّا الإيلاء فلأنّ فيه الطّلاق، و لا طلاق فی المتعه. مضافا الی صحيح ابن أبی يعفور، عن الصّادق (عليه السلام) «لا ايلاء من الرّجل علی المرأه الّتی يتمتّع بها»(۲).

(و لا لعان إلّا فی القذف بالزنا)

علی قول المرتضی و المفيد(۳) استنادا إلی أنها زوجه فيقع بها اللعان، لعموم قوله تعالی {وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوٰاجَهُمْ}(۴) فإن الجمع المضاف يعم، و أجيب بأن العموم

ص:۱۹۴

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۵۱ح۶

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۸ ح۲۲

۳- الروضه البهيه فی شرح اللمعه الدمشقيه (ط - كلانتر)؛ ج ۵، ص: ۲۹۶

۴- البقره ايه ۲۲۷

مخصوص بالسنه، لصحیح ابن أبی یعفور، عن الصّادق (علیه السلام) «لا یلاعن الرّجل المرأه الّتی یتمتّع بها»(۱) و غیره(۲) .

لا نفقه للمتمتع بها

و استدل لذلک بما دلّ علی انها لا تطلّق و لا تورث و انما هی مستأجره، و من المعلوم ان الاجیر لا نفقه له و انه لو کان لبان.

و یؤیده خبر هشام بن سالم: «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): اتزوج المرأه متعه مره مبهمه فقال: ذلک اشد علیک ترثها و ترثک و لا یجوز لک ان تطلقها الا علی طهر و شاهدین قلت: اصلحک اللّه فکیف أ تزوجها قال: ایاما معدوده بشی ء مسمّی مقدار ما تراضیتم به فاذا مضت ایامها کان طلاقها فی شرطها و لا نفقه و لا عده لها علیک»(۳) و دلالتها واضحه الّا ان سندها یشتمل علی موسی بن سعدان و عبد اللّه بن القاسم اللذین لم تثبت وثاقتهما.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۶۶ح۱۷

۲- الوسائل کتاب اللعان باب ۵ الحدیث ۴

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۶۷ح۷۶

حکم الارث فی العقد الموقت

(و لا توارث الّا مع شرطه)

ذهب إلیه الشّیخ و ابن حمزه، و ذهب العمانیّ و المرتضی إلی التوارث إلّا مع شرط نفیه، و ذهب القاضی إلی التوارث کالدّائم، و هو ظاهر الدّیلمی و ذهب الحلبیّ و الحلیّ إلی العدم و لو مع الشرط و هو ظاهر الصدوق و المفید(۱).

و الروایات فی هذا المجال علی ثلاث طوائف:

الاولی: ما دلّ علی عدم الارث من دون تفصیل کصحیح ابن أبی عمیر وهو من اصحاب الاجماع عن بعض أصحابه، عن الصّادق (علیه السلام): «لا بأس بالرّجل یتمتّع بالمرأه علی حکمه، و لکن لا بدّ له من أن یعطیها شیئا لأنّه إن حدث به حدث لم یکن لها میراث»(۲) و المراد من «إن حدث به حدث» الموت.

۱- النجعه ج۹ کتاب النکاح ص ۲۲

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۶۶ح۵

و صحیح حماد بن عثمان و هو من اصحاب الاجماع عن جمیل بن صالح عن عبد اللّه بن عمرو، عن الصّادق (علیه السلام) - فی خبر- قلت:«فما حدّها؟ قال: من حدودها أن لا ترثها و لا ترثک»(۱).

و مرسل الفقیه عن جابر الأنصاریّ أنّ النّبیّ (صلی الله علیه و آله) خطب فقال: «إنّ اللّه تعالی أحلّ لکم الفروج علی ثلاثه معان: فرج موروث و هو البتات، و فرج غیر موروث و هو المتعه، و ملک أیمانکم»(۲) والبتات من البت بمعنی القطع والمراد به النکاح الدائم.

و یظهر من مرفوع علی بن ابراهیم القمّی: «إنّ أبا حنیفه قال لمؤمن الطّاق: آیه المیراث تنطق بنسخ المتعه، فأجابه بنقضه بتزوّج مسلم بذمّیّه دائما و موت الزّوج»(۳) معلومیه عدم الارث فی المنقطع.

الثانیه: ما دلّ علی الارث مع الشرط کما فی صحیح البزنطی عن ابی الحسن الرضا (علیه السلام):«تزویج المتعه نکاح بمیراث و نکاح بغیر میراث، ان اشترطت کان و ان لم تشترط لم یکن»(۴).

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۶۵ح۶۸

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۶۶

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۵۰ح۸

۴- وسائل الشیعه ۱۴: ۴۸۵ الباب ۳۲ من أبواب المتعه الحدیث ۱

و صحيح محمّد بن مسلم، عن الصّادق (عليه السلام) - فى خبر-: «و إن اشترطت الميراث فهما على شرطهما»(1) ورواه الاستبصار بلفظ «و إن اشترطا الميراث»(2).

الثالثه: ما دل على عدم الارث اشترط ام لم يشترط كما فى خبر سعيد بن يسار، عن الصّادق (عليه السلام): سألته عن الرّجل يتزوّج المرأه متعه و لم يشترط الميراث؟ قال: ليس بينهما ميراث اشترط أو لم يشترط»(3) وهو ضعيف سندا بالحسن بن موسى وحمله الشيخ على انهما لا يتوارثان شرطا عدمه ام لا وانما لوشرطا التوارث توارثا(4) وهو كما ترى حمل تبرعى.

اقول: لا تعارض بين الطائفه الاولى و الطائفه الثانيه و انما تتعارض الطائفه الثانيه مع الثالثه و هو خبر سعيد و هو ضعيف سندا فلا وثوق به فلا تعارض اصلا, و على فرض التعارض يتساقطان و يلزم الرجوع إلى الطائفه الاولى لأنها بمنزله العام الفوقانى، و من ثمّ تكون النتيجه ثبوت الارث عند اشتراطه .

و من هذا يتضح ضعف ما اختاره صاحب الجواهر من الحكم بعدم الارث حتى مع اشتراطه بدعوى ان مقتضى عقد التمتع عدم الارث، فاشتراطه مخالف لمقتضى

1- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج 7، ص: 264ح66
2- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج 3، ص: 149ح2
3- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج 7، ص: 264ح67
4- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج 7، ص: 265

العقد بل هو على حد اشتراط ارث غير الوارث المعلوم بطلانه بسبب مخالفته للكتاب و السنه(۱).

و وجه الضعف: انه اتضح من خلال ما ذكرناه ان عقد التمتع لا يقتضى عدم الارث فى حاله عدم الاشتراط.

و أمّا موثقه محمد بن مسلم: «سمعت ابا جعفر (علیه السلام) يقول فى الرجل يتزوج المرأه متعه انهما يتوارثان إذا لم يشترطا، و انما الشرط بعد النكاح»(۲) الداله على التوارث ما لم يشترطا عدمه .

اقول: هذا صحيح بناء على ان المقصود: اذا لم يشترطا عدم الارث، و اما اذا كان المقصود: إذا لم يشترطا الاجل كما حمله الشّيخ(۳) و هو الصحيح فهى أجنبيه عن المقام .

و اما ما نقله الوسائل عن الفقيه من خبر زراره عن ابى جعفر (علیه السلام): «... و لا ميراث بينهما فى المتعه إذا مات واحد منهما فى ذلک الاجل»(۴) فالظاهر كونه من كلام الصدوق حيث قال: «و روى موسى بن بكر، عن زراره: سمعت أبا جعفر (علیه السلام)

۱- جواهر الكلام ۳۰: ۱۹۵

۲- وسائل الشيعه ۱۴: ۴۸۶ الباب ۳۲ من أبواب المتعه الحديث ۲

۳- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۱۵۰ح۵

۴- وسائل الشيعه ۱۴: ۴۸۷ ۲ الباب ۳۲ من أبواب المتعه الحديث ۱۰

يقول:عدّه المتعه خمسه و أربعون يوما- كأنّى أنظر إلى أبى جعفر (عليه السلام) يعقد بيده خمسه و أربعين يوما- فإذا جاء الأجل كانت فرقه بغير طلاق»، ثمّ قال: «فإن شاء أن يزيد فلا بدّ من أن يصدقها شيئا قلّ أو كثر، و الصداق كلّ شی ء تراضيا عليه فی تمتّع أو تزويج بغير متعه و لا ميراث بينهما فی المتعه إذا مات واحد منهما فی ذلک الأجل. و له أن يتمتّع إن شاء و له امرأه و إن كان مقيما معها فی مصره»(1). فظنّ أنّ كلّ ذلک خبر زراره، و الخبر يختم عند قوله «فرقه بعد طلاق» كما رواه الكلينی(2) و ما بعده كلام الصدوق.

و يقع بها الظهار

(و يقع بها الظهار)

لكن قال الحلی بعدم وقوعه و اما غيره فبين مصرّح بوقوعه بها كالعمانی و المرتضی و الحلبيّين و بين مطلق لوقوعه بالزّوجه من غير تقييد بالدّائم كالصدوق و الإسكافی و الشيخين و الدّيلمی و ابن حمزه و القاضی.

١- الفقيه (فی ٢٣ من أخبار متعته)، ج٣، ص۴۶۴

٢- الكافی (فی باب عدّه المتعه، ١٠١ من نكاحه)

و أمّا قول المختلف: (قول الصـدوق و الإسـكافيّ «لا يصـحّ الظهار إلّا على مثل موضع الطلاق» يـدلّ على أنّه لا يصـحّ الظهار من المتمتع بها)(۱) فغير صـحيح لإـنّ الظـاهر أنّ مرادهمـا أنّه كمـا يشترط فی صـحّه الطلاق كون المرأه طاهرا فی غير طهر المواقعه كذلك فی صحّه الظهار.

و يدل على وقوعه عموم قوله تعالى {وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِم} و المتمتّع بها من نسائهم.

و أمّـا مرسـل ابن فضّـال عن أبی عبـد اللّه (عليه السـلام) قـال: لاـ يكون الظهـار إلّا على مثل موضع الطلاق»(۲) فقال الشـيخ فيه: «المراد أنّ الظهار يراعى فيه جميع ما يراعى فی الطلاق من الشاهدين و كون المرأه طاهرا»(۳).

و بـذلك يظهر ضـعف مـا قيـل: «من ان المتبادر من المماثله أن يكون فی جميع الأحكام، و لأنّ المظاهر يلزم بالفئه أو الطلاق و هو هنا متعذّر»(۴) فليس الخبر كما قال: «الظّهار مثل الطّلاق» بل «لا يكون الظهار إلّا على مثل موضع الطلاق» أو «إلّا على موضـع الطلاق» والمراد به ما قاله الشيخ و هو ظاهر، ثمّ الظهار ليس فی

۱- مختلف الشيعه ج۷، ص۴۰۸

۲- الكافی (فی ۵ من أخبار ظهاره، ۷۲ من طلاقه) و رواه الفقيه مرسلا فی أوّل ظهاره

۳- التّهذيب (فی ۱۹ من أخبار حكم ظهاره) .

۴- الروضه البهيه ج۲ ص ۱۰۶

القرآن فيه إلزام بالفئه أو الطلاق بل بالكفّاره فقال تعالى {وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَه} و إنّما الفئه أو الطلاق فى الإيلاء فقال تعالى {لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَهِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاؤُ فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ}.

عده المتمتع بها

(و عدتها حيضتان)

عند المصنف و ذهب إلى الحيضتين الشّيخ و الدّيلميّ و القاضى، و قيل: حيضه و نصف، ذهب إليه الصّدوق فى المقنع والفقيه، و قيل: حيضه، ذهب إليه زراره والعمانىّ وهو الاقوى، و قيل: إنّها طهران، ذهب إليه المفيد و الحلبيّان و ابن حمزه و الحلىّ حيث قالوا: عدّتها قرءان و فسّروا القرء بالطّهر(۱).

هذه الاقوال و اما الاخبار فعلى طوائف:

الطائفه الاولى: ما دل على الحيضه او ۴۵ يوما كما فى صحيح زراره، عن الصّادق (عليه السلام) أنّه قال: «إن كانت تحيض فحيضه، و إن كانت لا تحيض فشهر و نصف»(۲) و صحيح حماد بن عثمان وهو من اصحاب الاجماع عن جميل بن صالح عن عبد

ص:۲۰۲

۱- النجعه ج۹ كتاب النكاح ص ۲۶

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۵۸ح۱

اللّه بن عمرو، عنه (علیه السلام) فی خبر قال: فقلت:کم عدّتها؟ قال: خمسه و أربعون یوما أو حیضه مستقیمه»(۱).

الطائفه الثانیه: ما دل علی الحیضتین او ۴۵ یوما کما فی صحیح إسماعیل بن الفضل الهاشمیّ قال: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن المتعه، فقال: الق عبد الملک بن جریج فسله عنها فإنّ عنده منها علما، فلقیته فأملی علیّ منها شیئا کثیرا- إلی أن قال عنه:- و عدّتها حیضتان و إن کانت لا تحیض فخمسه و أربعون یوما، فأتیت بالکتاب أبا عبد اللّه (علیه السلام) فعرضت علیه، فقال: صدق، و أقرّ به. قال ابن أذینه: و کان زراره بن أعین یقول: هذا، و یحلف أنّه لحقّ إلّا أنّه کان یقول: إن کانت تحیض فحیضه، و إن کانت لا تحیض فشهر و نصف»(۲) وهنا زراره یخطأ اسماعیل کما وانه منفرد بهذا المطلب , وعلیه فلا وثوق بها , نعم فی تفسیر العیّاشیّ فی {فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ} روی مرسلا عن أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام) - إلی أن قال:- و لا تحلّ لغیرک حتّی تنقضی عدّتها، و عدّتها حیضتان»، و رواه فی الرّضوی أیضا والاولی مرسله وکتاب الفقه الرضوی لا اعتبار به.

ص:۲۰۳

۱- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۱۵۰ح۴

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۵۱ح۶

الطائفه الثالثه: ما دل علی الحیضه ونصف کما فی صحیح عبد الرّحمن بن الحجّاج، عن الصّادق (علیه السلام) - فی خبر- «فإذا انقضت أیّامها و هو حیّ فحیضه و نصف، مثل ما یجب علی الأمه- الخبر»(۱).

و فیه: ان عده الامه حیضتان لا حیضه ونصف کما فی صحیح محمّد بن مسلم، عنه (علیه السلام) قال: «عدّه الأمه حیضتان»(۲) وغیره مما سیأتی. والظاهر ان المراد منه زمان حیضه ونصف وهو یساوی ۴۵ یوما غالبا , وعلیه فلا وثوق لنا بهذا الخبر.

و أمّا الطّهران فلا شاهد له من الاخبار الّا انه یمکن إرجاعه إلی الحیضه وذلک لانه لا تصدق الحیضه بعد انقضاء أصل المتعه إلّا بحصول طهر قبله و طهر بعده، و هو المفهوم من التهذیب حیث استدلّ لقول المفید بصحیح زراره «إن کانت تحیض فحیضه» وبه قال العمانیّ و الکافی و الشیخان فی المقنعه و التّهذیب، و الحلبیّان و ابن حمزه و الحلّی و قال به زراره کما مرّ، عن ابن أذینه، و هو ظاهر الحمیریّ فی قربه و علیه فالاقوی ان عدتها حیضه واحده.

و أمّا مرسلهالاحتجاج عن الحجّه (علیه السلام) «فی رجل تزوّج امرأه بشی ء معلوم و بقی له علیها وقت فجعلها فی حل ممّا بقی له علیها و إن کانت طمثت قبل أن یجعلها فی حل من أیّامها ثلاثه أیّام أ یجوز أن یتزوّجها رجل آخر بشی معلوم إلی وقت

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۶۴

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۷۰ح۴

معلوم عند طهرها من هذه الحیضه أو یستقبل بها حیضه أخری؟ فأجاب (علیه السلام) یستقبل بها حیضه غیر تلک الحیضه، لأنّ أقلّ العدّه حیضه و طهاره» فضعیفه سندا و لا تعارض ما تقدم.

هذا و علی فرض التعارض بین الاخبار المتقدمه و تعذر الجمع العرفی یلزم الرجوع إلی المرجحات- موافقه الکتاب الکریم و مخالفه التقیه- ومع عدمها یتعین التساقط و الرجوع إلی الاصل، و هو یقتضی اعتبار الحیضتین للشک فی ترتب الاثر علی العقد الثانی قبل مضی ذلک فیستصحب عدمه. و لا مجال للرجوع إلی قوله تعالی: {وأُحِلَّ لَکُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِکُم} لکونه ناظرا الی العموم الافرادی دون الاحوالی.

(و ان استرابت فخمسه و أربعون یوما)

یشهد لما قال ما تقدم من صحیح حماد بن عثمان وهو من اصحاب الاجماع عن جمیل بن صالح عن عبد اللّه بن عمرو، عنه (علیه السلام) فی خبر قال: فقلت: کم عدّتها؟ قال: خمسه و أربعون یوما أو حیضه مستقیمه»(1) و صحیح إسماعیل بن الفضل الهاشمی «وإن کانت لا تحیض فخمسه و أربعون یوما».

۱- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۱۵۰ح۴

و یدل علیه ایضا موثقه زراره «علی نقل الکافی» قال: «عدّه المتعه خمسه و أربعون یوما- کأنّی أنظر إلی أبی جعفر (علیه السلام) یعقد بیده خمسه و أربعین- فإذا جاز الأجل کانت فرقه بغیر طلاق»(۱).

الّا انه وردت اخبار اخری دلت علی ۴۵ لیله لا یوما کما فیموثق محمّد بن مسلم و زراره، عن أبی جعفر (علیه السلام) «عدّه المتعه خمس و أربعون لیله»(۲).

و صحیح محمّد بن مسلم، عن الصّادق (علیه السلام) - فی خبر- «و لیس علیها العدّه منه، و علیها من غیره خمس و أربعون لیله- الخبر»(۳).

و خبر البزنطیّ، عن الرّضا (علیه السلام) قال: «قال أبو جعفر (علیه السلام): عدّه المتعه خمسه و أربعون یوما و الاحتیاط خمسه و أربعون لیله»(۴) و الخبر ضعیف سندا.

ص:۲۰۶

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۵۸ح۳ و رواه الفقیه فی ۲۳ من أخبار متعته و إسناده موسی بن بکر، عن زراره، فلا بدّ أن یکون أحدهما « موسی بن بکر و ابن بکیر » تحریفا، لکن عن نوادر أحمد الأشعریّ أنّه رواه عن موسی بن بکر، عن زراره، عن أبی جعفر (علیه السلام) و لکن بلفظ «أربعون لیله».

۲- النوادر(للأشعری)، ص: ۸۳ح۱۸۶

۳- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۱۴۹ح۲

۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۵۸ح۲

كما و انه هناك طائفه اخرى دلت شهر و نصف كما فى صحيح زراره، عن الصّادق (عليه السلام) أنّه قال: «إن كانت تحيض فحيضه، و إن كانت لا تحيض فشهر و نصف»(۱).

و بمعناه صحيحه الاخر عن الباقر (عليه السلام) فى خبر و عدّه المطلّقه ثلاثه أشهر، و الأمه المطلّقه عليها نصف ما على الحرّه، و كذلك المتعه عليها مثل ما على الأمه»(۲).

اقول: و هذه الطائفه الثالثه يمكن ان تكون شاهد جمع بينها بان يكون الملاک فى العده شهر و نصف وهو ينطبق على ۴۵ يوما وعلى ۴۵ ليله , فان صح فهو و الّا كان مقتضى القاعده هو التخيير بينها كما هو واضح.

(و تعتدّ من الوفاه بشهرين و خمسه أيّام ان كانت أمه)

خلافا للصدوق و ابن إدريس و هو ظاهر الكلينى، بل فى كشف اللثام نسبته أيضا إلى التبيان و مجمع البيان و روض الجنان للشيخ أبى الفتوح(۳)، فذهبوا إلى كون عدّه الأمه فى الوفاه كالحرّه، و تشهد لهم النصوص المعتبره الاتيه و عليه فيقع

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۵۸ح۱

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۶۵

۳- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام؛ ج ۳۲، ص: ۳۱۵

التعارض بينها و بين ما دلت على القول الاول من النصوص المعتبره كما ستأتی و الترجیح للطائفه الاولی لشهرتها بین الاصحاب و مخالفتها للعامه(۱) .

كما أنّ فی المسأله تفصیلا آخر و هو أنّ الأمه إن كانت أمّ ولد تكون كالحرّه فی الوفاه و غیر أمّ الولد تكون عدّتها نصفا, وسیأتی الجواب عنها .

(و بضعفها ان كانت حرّه)

خلافا للعمانیّ و المفید و المرتضی و الدّیلمیّ من أنّ عدّه المتعه مطلقا شهران و خمسه أیّام .

و یشهد لكون عده المتعه أربعه أشهر و عشرا صحیح عبد الرّحمن بن الحجّاج، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن المرأه یتزوّجها الرّجل متعه، ثمّ یتوفّی عنها هل علیها العدّه؟ قال: تعتدّ أربعه أشهر و عشرا- الخبر»(۲).

و صحیح زراره، عن الباقر (علیه السلام): «سألته ما عدّه المتعه إذا مات عنها الذی تمتّع بها؟ قال: أربعه أشهر و عشرا، ثمّ قال: یا زراره كلّ نكاح إذا مات عنها الزّوج

۱- الوسائل ج۲۲ ص ۲۶۲

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۶۴

فعلى المرأه حرّه كانت أو أمه أو على أىّ وجه كان النكاح منه متعه أو تزويجا أو ملك يمين فالعدّه أربعه أشهر و عشرا- الخبر»(۱).

و اما خبر علىّ بن يقطين عن أبى الحسن (عليه السلام): «عدّه المرأه إذا تمتّع بها فمات عنها زوجها خمسه و أربعون يوما»(۲) فضعيف سندا لا يعارض ما تقدم و لم يفت به احد و حمله الشيخ على و هم الرّاوى بأن يكون سمعه فى عدّه المتعه من الحىّ فبدّله بالميّت.

و مثله فى الضعف مرسل عبيد اللّه بن علىّ الحلبىّ، عن أبيه، عن رجل، عن الصّادق (عليه السلام) عن رجل تزوّج امرأه متعه، ثمّ مات عنها ما عدّتها؟ قال: خمسه و ستّون يوما»(۳) و حمله الشيخ على ما إذا كانت المتمتّع بها أمه و لم تكن أمّ ولد.

و فيه: انه حمل تبرعى و يردّ هذا الحمل صحيح زراره المتقدم فإنّه صرّح فيه «بان كلّ نكاح إذا مات عنها الزّوج تكون العدّه منه فى الموت أربعه أشهر و عشرا».

و صحيح زراره، عن الباقر (عليه السلام): «أنّ الأمه و الحره إذا مات عنهما زوجهما سواء فى العدّه، إلّا أنّ الحرّه تحدّ و الأمه لا تحدّ»(۴).

ص:۲۰۹

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۶۴
۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۵۷ح۱۴۵
۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸، ص: ۱۵۸ح۱۴۶
۴- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۷۰ح۱

هذا و استند الشیخ فی قوله: «و لم تکن ذات ولد» الی صحیح سلیمان بن خالد عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن الأمه: إذا طلّقت ما عدّتها؟ فقال: حیضتان أو شهران حتّی تحیض، قلت: فإن توفّی عنها زوجها؟ فقال:إنّ علیّا (علیه السلام) قال فی أمّهات الأولاد: لا یتزوّجن حتّی یعتددن أربعه أشهر و عشرا و هنّ إماء»(۱) .

و فیه: انه من مفهوم اللقب فانّ علیّا (علیه السلام) قال فی أمّهات الأولاد ذلک و سکت عن غیرهن , وعلی فرض ظهوره لا یعارض صحیح زراره الذی دلالته بالنص.

(و لو کانت حاملا فبأبعد الأجلین فیهما) ای فی الحره والامه .

اما الحره فیشهد له صحیح هشام بن سالمٍ عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) «فی رجلٍ کانت تحته امرأهٌ فطلّقها ثمّ مات عنها قبل أن تنقضی عدّتها قال تعتدّ أبعد الأجلین عدّه المتوفّی عنها زوجها»(۲).

و صحیح جمیل بن درّاجٍ عن بعض أصحابه قال: «فی رجلٍ أعتق أمّ ولده ثمّ توفّی عنها قبل أن تنقضی عدّتها قال تعتدّ بأربعه أشهرٍ و عشرٍ و إن کانت حبلی اعتدّت بأبعد الأجلین»(۳). و اما الامه فسیاتی الکلام عنها.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۷۰ح۲
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۲ح۵
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۷۲ح۶

حصیله البحث:

لا ـ یقع بالمتمتع بها طلاقٌ و لا إیلاءٌ و لا لعانٌ و لا توارث إلّا مع شرطه، و یقع بها الظّهار، و عـدّتها حیضه واحـده, و لو استرابت فشـهر و نصـف و هو ینطبق علی ۴۵ یومـا و علی ۴۵ لیله، و من الوفـاه بـأربعه أشـهرٍ و عشـرا سواء کانت أمه ام حرّه، و لو کانت حاملًا فبأبعد الأجلین فیهما .

(الفصل الخامس فی نکاح الإماء)

لا یجوز للعبد و لا للأمه أن یعقدا لأنفسهما

(لا یجوز للعبد و لا للأمه أن یعقدا لأنفسهما)

فلا یتصرفان فی ملکه بغیر إذنه لقبحه وللنصوص المعتبره الاتیه.

(إلّا بإذن المولی أو إجازته)

کما دل علی ذلک صحیح عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (علیه السلام): «لا یجوز للعبد تحریر و لا تزویج و لا إعطاء من ماله إلّا بإذن مولاه»(۱).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۷ح۱

و صحیح زراره عنه (علیه السلام): «سألته عن مملوک تزوّج بغیر إذن سیّده؟ فقال:ذاک إلی سیّده إن شاء أجازه، و إن شاء فرّق بینهما، قلت: أصلحک اللّه إنّ الحکم بن عتیبه و إبراهیم النخعیّ و أصحابهما یقولون: إن أصل النکاح فاسد، و لا یحلّ إجازه السیّد له، فقال أبو جعفر (علیه السلام): أنّه لم یعص اللّه إنّما عصی سیّده، فإذا أجازه فهو له جائز»(۱).

قلت: و بذلک یظهر بطلان ما قیل من وقوع العقد باطلا مطلقا.

هذا و یکفی فی إجازته سکوته مع علمه لصحیح معاویه بن وهب قال: «جاء رجل إلی أبی عبد اللّه (علیه السلام) فقال: إنّی کنت مملوکا لقوم و إنّی تزوّجت امرأه حرّه بغیر إذن موالیّ، ثمّ أعتقونی بعد ذلک أ فأجدّد نکاحی إیّاها حین أعتقت؟ فقال له: أ کانوا عالمین أنّک تزوّجت امرأه و أنت مملوک لهم؟ فقال: نعم و سکتوا عنّی و لم یغیّروا علیّ، فقال: سکوتهم بعد علمهم إقرار منهم، أثبت علی نکاحک الأوّل»(۲).

و صحیحه الاخر عنه (علیه السلام) قال: «فی رجل کاتب علی نفسه و ماله و له أمه و قد شرط علیه أن لا یتزوّج فأعتق الأمه و تزوّجها، فقال: لا یصلح له أن یحدث فی ماله إلّا الأکله من الطعام، و نکاحه فاسد مردود، قیل: فإنّ سیّده علم بنکاحه و لم

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۷ح۳

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۷ح۴

یقل شیئا، قال: إذا صمت حین یعلم بذلک فقد أقرّ، قیل: فإن المکاتب عتق أفتری أن یجدّد نکاحه أو یمضی علی النّکاح الأوّل؟ قال: یمضی علی نکاحه»(۱).

و صحیح أبان بن عثمان أنّ رجلا یقال له: ابن زیاد الطائیّ، قال: «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): إنّی کنت رجلا مملوکا فتزوّجت بغیر إذن موالیّ، ثمّ أعتقنی اللّه عزّ و جلّ فأجدّد النکاح؟ فقال: کانوا علموا أنّک تزوّجت؟ قلت: نعم قد علموا و سکتوا و لم یقولوا لی شیئا؟ فقال: ذلک إقرار منهم أنت علی نکاحک»(۲).

هذا و لو لم یرض لکن لم یقل له: لم أقبل، بل قال له طلّق، صح ایضا لأنّ قوله طلّق فیه دلاله التزامیّه علی رضاه بالعقد، کما فی صحیح علیّ بن جعفر، عن أخیه، عن أبیه، عن آبائه، عن علی علیهم السّلام «أنّه أتاه رجل بعبده، فقال: إنّ عبدی تزوّج بغیر إذنی؟ فقال علیّ (علیه السلام) لسیّده: فرّق بینهما، فقال السیّد لعبده: یا عدوّ اللّه طلّق، فقال علیّ (علیه السلام): کیف قلت له؟ قال: قلت له:طلّق، فقال علیّ (علیه السلام) للعبد: أمّا الآن فإن شئت فطلّق و إن شئت فأمسک، فقال السیّد: یا أمیر المؤمنین أمر کان بیدی فجعلته بید غیری، قال: ذلک لأنّک حیث قلت له: طلّق أقررت له بالنّکاح»(۳).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۷ح۶

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۴۷

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۵۲ح۶۴

و إذا كانا رقّا فالولد رقّ

(و إذا كانا رقّا فالولد رقّ) لأنه فرعهما و تابع لهما و يملكه المولى إن اتحد و إن كان كل منهما لمالك (يملكه المولیان أن أذنا لهما) فی النكاح (أو لم يأذن أحدهما) أی كل واحد منهما لأنه نماء ملكهما فلا مزيه لأحدهما على الآخر و النسب لاحق بهما بخلاف باقی الحيوانات فإن النسب غير معتبر و النمو و التبعيه فيه لاحق بالأم خاصه لانه نمو لها عرفا فی الحيوان و النص دال عليه كما تقدم فی صحيح ابن قيس(۱), لكن ذهب الحلبیّ إلى أنّه لمولى الأمّ كنماء الحيوان و كذا القاضی فی مثل المساله و هی: «ما لو كانا لواحد ثمّ باع المالك أحدهما و أقرّه المشتری على نكاحه فحصل لهما ولد» و لا شاهد لهما.

(و لو أذن به أحدهما خاصّه فالولد لمن لم يأذن)

سواء كان مولى الأب أم مولى الأم و لا نص فی هذا الفرع .

قلت: ان كان الاذن فی اصل النكاح فلا دلاله فيه على انصرافه عن نمائه وكذلك لو كان اذنه مطلقا و اما لو كان منصرفا عن نمائه فانه و ان فعل العبد حراما لتصرفه بالمال المشترك بلا اذن الّا انه مع ذلك كان سهم من اذن محفوظا له و حيث كان منصرفا عنه كان للواطی دون الشريك او بلا مالك لعدم الدليل على تملك

ص:۲۱۴

۱- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۸۵ ح۴

الشریک لما زاد علی حصته هذا ما تقتضیه القاعده و علی کلا التقدیرین یکون نصفه حرا .

(و لو شرط أحد المولیین انفراده بالولد أو بأکثره صحّ الشرط)

لعموم «المؤمنون عند شروطهم» و لأنه شرط لا ینافی النکاح.

و لو کان أحد الزّوجین حرّا فالولد حرّ

(و لو کان أحد الزّوجین حرّا فالولد حرّ)

للأخبار الکثیره الداله علیه سواء فی ذلک الأب و الأم کصحیح جمیل عن ابی عبد الله (علیه السلام): سألته عن الحرّ یتزوّج الأمه أو عبد یتزوّج حرّه؟ قال: فقال لی: لیس یسترقّ الولد إذا کان أحد أبویه حرّا إنّه یلحق بالحرّ منهما أیّهما کان أبا أو أمّا»(۱).

و قول ابن الجنید بأنه لسید المملوک منهما إلّا مع اشتراط حریته تغلیبا لحق الآدمی علی حق الله تعالی(۲) لا شاهد له.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۹۲ح۴

۲- الروضه البهیه ج۲ ص۱۰۸

و لو شرط مولی الرّقّ منهما رقّیته جاز

(و لو شرط مولی الرّقّ) منهما (رقّیته جاز) و صار رقا (علی قول مشهور)

بین الأصحاب ذهب إلیه الشّیخ و تبعه القاضی و الحلبیّان و ابن حمزه و الحلّی، و ذهب إلیه المفید فی خصوص الأمه.

(ضعیف المأخذ)

قیل: و مراده روایه أبی سعد، عن أبی بصیر عن ابی عبد الله (علیه السلام) قال: «لو أنّ رجلاـ دبّر جاریه، ثمّ زوجها من رجل فوطئها کانت جاریته و ولدها منه مدبّرین، کما لو أنّ رجلا أتی قوما فتزوّج إلیهم مملوکتهم کان ما ولد لهم ممالیک»(۱) الذی استدل به التّهذیب وقد دلت علی أن ولد الحر من مملوکه مملوک و حملها الشیخ علی الشرط جمعا بین الأخبار(۲)، و هو حمل تبرعی لا شاهد له, والروایه ضعیفه سندا بابی سعد او سعید لا یمکن الاعتماد علیها و مثل هذه الروایه لا تصلح مؤسسه لهذا الحکم المخالف للأصل فإن الولد إذا کان مع الإطلاق ینعقد حرا فلا تأثیر فی رقیته للشرط لأنه لیس ملکا لأبیه حتی یؤثر شرطه کما لا یصح اشتراط رقیه

۱- الإستبصار ج ۳، ص: ۲۰۳ح۵ والتهذیب ج ۷، ص: ۳۳۶ ح۹ و فی سنده ابی سعید بدل ابی سعد.
۲- التهذیب ج ۷، ص: ۳۳۶

من ولد حرا سیما مع ورود الأخبار الکثیره بحریه من أحد أبویه حر و فی بعضها لا یملک ولد حر.

و قد یقال بعدم انحصار المأخذ بخبر ابی سعد فقد ورد ما یدل علی ذلک کما فی صحیح صفوان عن الحسن بن زیاد قلت له: «أمه کان مولاها یقع علیها، ثمّ بدا له فزوّجها ما منزله ولدها، قال: منزلتها إلّا أن یشترط زوجها»(۱).

و صحیح عبد الرّحمن بن أبی عبد اللّه، عن الصّادق (علیه السلام) فی رجل زوّج جاریته رجلا و اشترط علیه أنّ کلّ ولد تلده فهو حرّ فطلّقها زوجها، ثمّ تزوّجها آخر فولدت؟ قال: إن شاء أعتق و إن شاء لم یعتق»(۲).

و صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام) «فی رجل زوّج أمته من رجل و شرط له أنّ ما ولدت من ولد فهو حرّ، فطلّقها زوجها أو مات عنها فزوّجها من رجل آخر ما منزله ولدها؟ قال: منزلتها ما جعل ذلک إلّا للأوّل، و هو فی الآخر بالخیار إن شاء أعتق و إن شاء أمسک»(۳) و به عمل الفقیه(۴).

۱- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۲۰۳ح۶
۲- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۲۰۴ح۷
۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۲۲۵ح۴۲
۴- من لا یحضره الفقیه؛ ج ۳، ص۱۱۶؛ باب العتق و أحکامه، ح۱۳

و فی صحیح ابان عن عبد اللّه بن سلیمان فی خبر: «و سألته عن رجل یزوّج ولیدته من رجل، و قال: أوّل ولد تلدینه فهو حرّ فتوفّی الرّجل و تزوّجها آخر فولدت له أولادا، فقال: أمّا من الأوّل فهو حرّ و أمّا من الآخر فإن شاء استرقّهم»(۱).

و فیه: ان هذه الاخبار تضمّنت أنّ ولد الأمه من زوج حرّ یکون رقّا لمولاها الّا اذا اشترط الزوج الحریّه، و هو غیر ما افتی به الشیخ و أتباعه فانهم افتوا بان الاصل الحریه الّا اذا اشترط المالک الرقیه و علیه فلا دلیل لهم.

نعم بموردها و هو: تزوّج الحرّ بالأمه دون العکس أفتی الإسکافی و الصدوق فی مقنعه کما أنّ المفید الذی هو الأصل فی شرط الرقیّه خصّه بالأمه، فقال «فإذا أراد الإنسان نکاح أمه غیره- إلی- فإن اشترط السیّد علی الرّجل فی العقد رقّ الولد کان ولده منها عبدا لسیّدها، و إن لم یشترط ذلک کان الولد حرّا- إلخ»(۲).

اقول: و قول المفید لیس علیه دلیل من الأخبار، فإنّ الأخبار بین مطلق کصحیح جمیل عن ابی عبد الله (علیه السلام): «سألته عن الحرّ یتزوّج الأمه أو عبد یتزوّج حرّه؟ قال: فقال لی: لیس یسترقّ الولد إذا کان أحد أبویه حرّا إنّه یلحق بالحرّ منهما أیّهما کان أبا أو أمّا»(۳) و غیره و بها عمل الکافی , و بین ما دلّ أنّ فی الأمه لو لم

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۲۲۵ح۴۳

۲- المقنعه (للشیخ المفید)؛ ص۵۰۶؛ باب ۹

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۹۲ح۴

یشترط الحریّه یکون الولد تابعا للامّ، عمل بها المقنع و الإسکافی , و یرد المقنع و الإسکافی ان المشهور اعرض عن العمل بهذه الاخبار.

و أمّا فی العبد فقال المفید «وکذلک إذا تزوّج العبد بغیر إذن سیّده فالأولاد رقّ للسید، و إن کانت المرأه حرّه» فخصّه بما إذا کان بدون إذنه لا مع شرط، و به قال الإسکافیّ ایضا فقال: «إنّ العبد إذا تزوّج الحرّه کان ولده أحرارا». و إنّما عمّم الشیخ و تبعه الباقون، و لا دلیل لهم کما تقدم.

هذا و قد روی الفقیه فی التحلیل أیضا مثله فروی صحیح ضریس بن عبد الملک، عن الصّادق (علیه السلام) «فی الرّجل یحلّ لأخیه جاریته و هی تخرج فی حوائجه؟ قال: هی له حلال، قلت: أ رأیت إن جاءت بولد ما یصنع فیه؟ قال: هو لمولی الجاریه إلّا أن یکون قد اشترط علیه حین أحلّها له إنّها إن جاءت بولد منّی فهو حرّ، فإن کان فعل فهو حرّ، قلت: فیملک ولده؟ قال: إن کان له مال اشتراه بالقیمه»(۱).

ثم روی صحیح زراره(۲) قال: «قلت لأبی جعفر (علیه السلام): الرّجل یحلّ لأخیه جاریته؟ قال: لا بأس به، قلت: فإن جاءت بولد؟ فقال: لیضمّ إلیه ولده و لیردّ علی الرّجل جاریته، قلت له: لم یأذن له فی ذلک، قال: إنّه قد أذن له و لا یأمن أن یکون

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۵۶

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۶۹ح۶ و هو صحیح بسند الکافی لا الفقیه.

ذلک»(۱) و حمل الثانی علی الأوّل، فقال: المراد من قوله فی خبر زراره «لیضمّ إلیه ولده» یعنی بالقیمه ما لم یقع الشّرط بأنّه حرّ».

اقول: بل الأوّل شاذّ کما تقدم و الثانی إطلاقه صحیح، و هو معاضد للأخبار المتقدّمه .

هذا و لم یعلم مختار الفقیه ففی أحکام ممالیکه فقد روی خبرین فی اللّحوق بالحرّ مطلقا مع التزویج، و روی خبرا فی التحلیل أنّه مع الإطلاق یکون الولد لمولی الأمه مع عدم شرط المحلّل له لکن یبتاعه بالقیمه، و روی فی العتق خبرا «أنّه مع عدم شرط الحرّیه یکون ولد الأمه لمولاها» و عنه فی موضع آخر بعد نقل صحیح وهب بن عبد ربّه الدّال علی أنّ ولد الأمه کأمّه إذا لم یترک أبوه مالا یشتری به من مولی أمّه(۲) قال: جاء هذا الخبر هکذا فسقته لقوّه إسناده و الأصل عندنا أنّه إذا کان أحد الأبوین حرّا، فالولد حرّ، و قد یصدر عن الإمام (علیه السلام) بلفظ الإخبار ما یکون معناه الإنکار و الحکایه عن قائلیه.

حصیله البحث:

لا یجوز للعبد و لا الأمه أن یعقدا لأنفسهما نکاحاً إلّا بإذن المولی أو إجازته، و إذا کانا رقّاً فالولد رقٌّ و یملکه المولیان إن أذنا، لهما أو لم یأذن أحدهما. و لو

ص:۲۲۰

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۵۶
۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص: ۳۴۰

أذن أحدهما فنصف الولد لمن لم يأذن و يكون نصفه الاخر حرا، و لو شرط أحد المولیین انفراده بالولد أو بأكثره صحّ، و لو كان أحد الزّوجين حرّاً فالولد حرٌّ، و لو شرط مولى الرّقّ رقيّته لم يجز .

و يستحبّ إذا زوج عبده أمته أن يعطيها شيئا من ماله

(و يستحبّ إذا زوج عبده أمته أن يعطيها شيئا من ماله)

كما فى صحيح الحلبى قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): «كيف ينكح الرّجل عبده أمته؟ قال: يقول:قد أنكحتك فلانه، و يعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه و لو مدّا من طعام أو درهم أو نحو ذلك»(۱) و غيره.

و يجوز تزويج الأمه بين الشريكين لأجنبى

(و يجوز تزويج الأمه بين الشريكين لأجنبى باتّفاقهما)

لانحصار الحق فيهما و اتحاد سبب الحل و يشهد لذلك ايضا ما فى صحيح الحسن بن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن عبد العزيز العبدى عن عبيد بن زراره، عن الصّادق (عليه السلام) «فى عبد بين رجلين، زوّجه أحدهما و الآخر لا يعلم، ثمّ

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۷۹ح۱

إنّه علم بعد ذلک أله أن يفرّق بينهما، قال: للّذى لم يعلم و لم يأذن أن يفرّق بينهما، و إن شاء ترکه على نکاحه»(۱).

و لو عقد أحدهما و حللها الآخر لم يصح لعدم صحه تبعض البضع بالعقد و التحليل کما لا يخفى.

(و لا يجوز تزويجها لأحدهما)

لاستلزامه تبعض البضع من حيث استباحته بالملک و العقد و البضع لا يتبعض و لأن الحل منحصر فى الأزواج و ملک الأيمان و المستباح بهما خارج عن القسمه باعتبار أن التفصيل يقطع الاشتراک .

و لو حلل أحدهما لصاحبه

(و لو حلّل أحدهما) حصته (لصاحبه فالوجه الجواز)

لأن الإباحه بمنزله الملک لأنها تمليک المنفعه فيکون حل جميعها بالملک و لصحيح محمّد بن قيس، عن أبى جعفر (عليه السلام): «سألته عن جاريه بين رجلين دبّراها جميعا، ثمّ أحلّ أحدهما فرجها لشريکه، فقال: هو له حلال و أيّهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرّا من قبل الذى مات، و نصفها مدبّرا، قلت: أ رأيت إن

۱- تهذيب الأحکام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۲۰۷ح۳۸

أراد الباقی منهما أن یمسّها أله ذلک؟ قال: لا- إلّا أن یبتّ عتقها و یتزوّجها برضی منها، مثل ما أراد، قلت له: أ لیس قد صار نصفها حرّا قد ملکت نصف رقبتها و النصف الآخر للباقی منهما؟ قال: بلی، قلت: فإن هی جعلت مولاها فی حلّ من فرجها و أحلّت له ذلک؟ قال: لا یجوز له ذلک، قلت: لم لا یجوز لها ذلک کما أجزت للّذی کان له نصفها حین أحلّ فرجها لشریکه منها؟ قال: إنّ الحرّه لا تهب فرجها و لا تعیره و لا تحلّله و لکن لها من نفسها یوم و للّذی دبّرها یوم فإن أحبّ أن یتزوّجها متعه بشی ء فی الیوم الذی تملک فیه نفسها فلیتمتّع منها بشی ء قلّ أو کثر»(۱).

و قیل: بالمنع أیضا بناء علی تبعض السبب حیث إن بعضها مستباح بالملک و البعض بالتحلیل و هو مغایر لملک الرقبه فی الجمله أو لأنه عقد أو إباحه و الکل مغایر لملکه .

قلت: هذا اجتهاد قبال النص و النص صحیح لا قصور فیه «و قد عمل به الشیخ و ابن زهره و الحلیّ فی صدره منه: جواز تحلیل الشریک، و الأوّل مع ابن حمزه فی

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۸۲ ح۳، و رواه التّهذیب فی ۲۳ من سراریه مثله، و لکن رواه فی ۱۹ من ضروب نکاحه عن «محمّد بن مسلم» بدل عن «محمّد بن قیس» کما فی روایه الفقیه له فی ۲۴ من أحکام ممالیکه فإنّه بلفظ محمّد بن مسلم وکیف کان فالسند صحیح علی کل حال.

ذیله من جواز متعه المبعّضه فی یومها، و نسبه الأخیران إلی الرّوایه، و العمل بجمیعه ظاهر الفقیه و الکافی»(۱).

هذا، و قال الشیخ و القاضی: «إذا تزوّج الرّجل جاریه بین شریکین، ثمّ اشتری نصیب أحدهما حرمت علیه إلّا أن یشتری النّصف الآخر أو یرضی مالک نصفها بالعقد، فیکون ذلک عقدا مستأنفا».

قلت: و وجه الحرمه ما تقدم من ان البضع لایتبعض و بذلک یظهر ضعف استثنائهما الاخیر «أو یرضی مالک نصفها بالعقد» لانه لایجتمع ملک و عقد کما قال الإسکافیّ: «و لو ملک الزوج بعض السهام بطل النکاح و لم یکن له أن یطأ حتّی یملک الجمیع، و لا یصحّ وطی فرج واحد بملک بعضه و عقد علی بعضه».

نعم یصح للشریک تحلیل نصفه لمالک النصف الاخر فیملک منفعتها کاملا بالملک و التحلیل.

۱- النجعه ج۹ ص۴۳

و لو أعتقت المملوكه فلها الفسخ

(و لو أعتقت المملوكه) التی قد زوجها مولاها قبل العتق (فلها الفسخ)

لصحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن أمه کانت تحت عبد فأعتقت الأمه؟ قال: أمرها بیدها إن شاءت ترکت نفسها مع زوجها، و إن شاءت نزعت نفسها منه»(۱)و غیره , و لما فیه من حدوث الکمال و زوال الإجبار, و لا فرق بین حدوث العتق قبل الدخول و بعده لاطلاق الصحیح.

و الفسخ یکون (علی الفور) عند المصنف اقتصارا فی فسخ العقد اللازم علی موضع الیقین.

و فیه: ان الخیار هنا بمعنی مالکیتها لنفسها فقبل العتق لم تکن مالکه و بعده اصبحت مالکه و علیه فقد خرجت عن عهده الزوجیه السابقه لکن لها حق الرجوع کما یرشد الی ذلک صحیح عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (علیه السلام): «إذا أعتقت مملوکیک رجلا و امرأته فلیس بینهما نکاح، و قال: إن أحبّت أن یکون زوجها کان ذلک بصداق، قال: و سألته عن الرّجل ینکح عبده أمته، ثمّ أعتقها تخیّر فیه أم لا؟ قال: نعم تخیّر فیه إذا أعتقت»(۲) و ظاهر صدره أنّ الزّوجین

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۸۵ح۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۸۶ح۳

المملوكين إذا أعتقا معا يصير نكاحهما باطلا و إن أحبّا البقاء يعقدها بمهر جديد، و عليه فلا معنى لفوريه الخيار.

(و إن كانت) الأمه (تحت حر)

فلها الخيار ايضا كما قال به الإسكافيّ و الشيخان و القاضى و الحليّ لعموم خبر الكنانى عن الصادق (عليه السلام) «أيما امرأه أعتقت فأمرها بيدها إن شاءت أقامت و إن شاءت فارقته»(۱) و سنده ضعيف بمحمد بن الفضيل.

و يدلّ عليه بالخصوص خبر محمّد بن آدم عن الرّضا (عليه السلام): «إذا أعتقت الأمه و لها زوج خيّرت إن كانت تحت عبد أو حرّ»(۲).

و خبر زيد الشّحّام، عن الصّادق (عليه السلام): «إذا أعتقت الأمه و لها زوج خيّرت إن كانت تحت حرّ أو عبد»(۳).

و مرسل ابن بكير عنه (عليه السلام) «فى رجل حرّ نكح أمه مملوكه ثمّ أعتقت قبل أن يطلّقها؟ قال: هى أملك ببضعها»(۴) و هذه الروايات الثلاث كلها ضعيفه سندا.

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۴۱ح۳۵
۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۴۲ح۳۱
۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۴۲ح۳۲
۴- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۴۲ح۳۰

و ظاهر تعبير باب الكافى من قوله: «تكون تحت المملوك» و اقتصاره فى الأخبار على أخبار تضمّنت ذلك، اختصاص ذلك بغير ما لو كان حرّا , و مثله الفقيه حيث اقتصر على نقل صحيحه محمّد بن مسلم «عن المملوكه تكون تحت العبد ثمَّ تعتق قال تُخَيَّر فإن شاءت أقامت على زوجها و ان شاءت بانت»(۱) و به قال الحلبىّ، و لذا قال الشيخ فى المبسوطين: «روى فى بعض أخبارنا: ليس لها الخيار إذا كان الزوج حرّا» و أشار إلى الكافى و ذكر الشيخ فى الخلاف «عن عائشه أنّ زوج بريره كان عبدا و لو كان حرّا لم يخيّرها».

و الحاصل: فان حصل الوثوق بهذه الاخبار كان لها الخيار مطلقا و الّا فاللازم الرجوع الى مقتضى القاعده و هى انها حينما كانت مملوكه لم تكن مختاره فى زواجها فلم تكن هى طرفاً للعقد بل مولاها و بعد ما ملكت نفسها خرجت عن امر سيدها كما لو حللها لشخص ثم اعتقت فهل يقول احد بانها تبقى حلال له؟.

(بخلاف العبد فإنه لا خيار له بالعتق)

للأصل و لانجبار كماله بكون الطلاق بيده و بذلك يظهر ضعف ماقاله الإسكافىّ من أنّ للعبد أيضا الخيار، و ضعف ما قاله ابن حمزه من انه له الخيار أيضا إذا كان أكرهه السيّد على النكاح.

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۵۴۳

و كذا لا خيار لسيده و لا لزوجته حره كانت أم أمه للأصل , و لصحيح أبى بصير، عن الصّادق (عليه السلام) «فى العبد يتزوّج الحرّه، ثمّ يعتق فيصيب فاحشه؟ قال: فقال: لا يرجم حتّى يواقع الحرّه بعد ما يعتق، قلت: فللحرّه عليه الخيار إذا أعتق؟ قال: لا قد رضيت به و هو مملوك فهو على نكاحه الأوّل»(۱).

و يجوز جعل عتق أمته صداقها

(و يجوز جعل عتق أمته صداقها)

فيقول تزوجتك و أعتقتك, او جعلت مهرك عتقك (و يقدم) فى اللفظ (ما شاء من العتق و التزويج) لأن الصيغه أجمع جمله واحده لا تتم إلّا بآخرها.

و به قال الدّيلميّ: «و يجوز أن يجعل عتق الأمه صداقها فى التزويج» , و المفيد الّا ان ظاهره اشتراط تقديم العتق فقال فى عتقه: «و يقول عند عتقها على هذا الوجه: «قد أعتقتك و تزوّجتك و جعلت مهرك عتقك» و يكتب لها فى كتاب هذا العتق: أقرّ فلان بن فلان فى صحّه منه و جواز أمره، قد أعتق أمته فلانه بنت فلان الفلانيه و تزوّجها و جعل عتقها صداقها», وبه قال الكلينى حيث روى اخبارا مستفيضه

ص:۲۲۸

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۸۷ح ۱

بذلک , مثل صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن الرّجل یعتق الأمه و یقول: مهرک عتقک؟ فقال: حسن»(۱).

و معتبر عبـد الرّحمن بن أبی عبـد اللّه، عنه (علیه السـلام): «سـألته عن الرّجل تکون له الأمه، فیریـد أن یعتقها فیتزوّجها، و یجعل عتقها مهرها، أو یعتقها ثمّ یصـدقها و هل علیها منه عـدّه و کم تعتـدّ إن أعتقها، و هل یجوز له نکاحها بغیر مهر؟ و کم تعتـدّ من غیره؟ فقال: یجعل عتقها صـداقها إن شاء، و إن شاء أعتقها ثمّ أصدقها و إن کان عتقها صداقها، فإنّها لا تعتدّ، و لا یجوز نکاحها إذا أعتقها إلّا بمهر – الخبر»(۲).

و صـحیح عبیـد بن زراره، عن الصّـادق (علیه السـلام): إذا قـال الرّجـل لأـمته: أعتقـک و أتزوّجک و أجعل مهرک عتقک فهو جائز»(۳), وغیرها.

و یـدل علیه ایضا غیر ما رواه الکافی, صـحیح عبد اللّه بن سـنان، عن الصّادق (علیه السـلام): «سألته عن رجل أعتق مملوکه له و جعل عتقها صداقها، ثمّ طلّقها من قبل أن یدخل بها، فقال: قد مضـی عتقها و یرتجع علیها سـیّدها بنصف قیمه ثمنها تسـعی فیه و لا عدّه له علیها»(۴).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۵ح ۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۵ح ۱

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۵ح ۱

۴- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۱۳

و ما فی المرسل عن یونس بن یعقوب، عنه (علیه السلام) «فی رجل أعتق أمه له و جعل عتقها صداقها، ثمّ طلّقها قبل أن یدخل بها قال: یستسعیها فی نصف قیمتها، فإن أبت کان لها یوم و له یوم فی الخدمه، قال: فإن کان لها ولد و له مال أدّی عنها نصف قیمتها و عتقت»(۱).

و مرسل ابن ابی عمیر عن أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام) «فی الرّجل یعتق جاریته و یقول لها: عتقک مهرک، ثمّ یطلّقها قبل أن یدخل بها، قال: یرجع نصفها مملوکا و یستسعیها فی النصف الآخر»(۲).

و الظّاهر وقوع التحریف فی قوله: «فی النصف الآخر» و الصحیح «فی ذلک النصف» کما لا یخفی و لذا قال الشیخ فی النهایه «رجع نصفها رقّا و استسعت فی ذلک النصف»(۳) .

و أمّا الصدوق و الإسکافیّ فقالا: «مضی عتقها و رجع السیّد علیها بنصف قیمه ثمنها» کما هو مضمون صحیح عبد اللّه بن سنان المتقدّم.

و صحیح الحسن بن محبوب عن نعیم بن ابراهیم عن عبّاد بن کثیر البصریّ، عنه (علیه السلام) «قلت: رجل أعتق أمّ ولد له و جعل عتقها صداقها، ثمّ طلّقها قبل أن یدخل

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۱۳

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۲۰۲ح۱۸

۳- النهایه ؛ ص: ۴۹۸

بها، قال: يعرض عليها أن تستسعى فى نصف قيمتها، فإن أبت هى فنصفها رقّ و نصفها حرّ»(۱).

لكن ذهب الصدوق و الشيخ فى النهايه و القاضى و ابن حمزه و الحلىّ إلى اشتراط تقديم التزوج استنادا الى صحيح علىّ بن جعفر، عن أخيه (عليه السلام) «سألته عن رجل قال لأمته: أعتقتك و جعلت عتقك مهرك؟ قال: عتقت و هى بالخيار إن شاءت تزوّجته و إن شاءت فلا، فإن تزوّجته فليعطها شيئا، فإن قال: قد تزوّجتك و جعلت مهرك عتقك. فإنّ النكاح واقع و لا يعطيها شيئا»(۲).

و خبر محمّد بن آدم، عن الرّضا (عليه السلام) «فى الرّجل يقول لجاريته: قد أعتقتك و جعلت صداقك عتقك، قال: جاز العتق و الأمر إليها إن شاءت زوّجته نفسها و إن شاءت لم تفعل، فإن زوّجته نفسها فأحبّ له أن يعطيها شيئا» و هو ضعيف سندا فيبقى صحيح ابن جعفر و هو لايعارض تلك الاخبار التى تجاوزت حد الاستفاضه ولذا قيل: يمكن حملهما على التّقيّه ففى الخلاف: «إذا قال لأمته: «أعتقتك على أن أتزوّج بك و عتقك صداقك» أو هى استدعت ذلك، فقالت له: «أعتقنى على أن أتزوّج بك و صداقى عتقى» ففعل فإنّه يقع العتق و يثبت التزويج- إلى أن قال- و قال الشّافعى: «يقع العتق و هى بالخيار بين أن تتزوّج به أو تدعه»- إلى أن قال- دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم و أيضا فإنّ النّبىّ (صلى الله عليه و آله)

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸، ص: ۲۰۲ح۱۹

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۱۳

أعتق صفيّه و جعل عتقها صداقها، و كانت زوجته و لم يعلمها صارت زوجته بغير الذى نقل من عتقها على هذا الشّرط».

(و يجب قبولها على قول)

و وجهه: اشتمال الصيغه على عقد النكاح و هو مركب شرعا من الإيجاب و القبول .

وفيه: انه اجتهاد قبال النص و ذلك لان مستند شرعيه هذه الصيغه هو النقل المستفيض عن النبى (صلى الله عليه و آله) و الأئمه عليهم السلام و ليس فى شى ء منه ما يدل على اعتبار القبول و لو كان لبان لأنه مما تعم به البلوى.

و لو بيع أحد الزّوجين فللمشترى و البائع الخيار

(و لو بيع أحد الزّوجين فللمشترى و البائع الخيار)

فى فسخ النكاح و إمضائه سواء دخل أم لا- و سواء كان الآخر حرا أم لا- و سواء كانا لمالك أم كل واحد لمالك و ذلك لاطلاق صحيح محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السّلام: «طلاق الأمه بيعها أو بيع زوجها، و قال فى الرّجل يزوّج

أمتّه رجلا حرّا ثمّ يبيعها، قال: هو فراق ما بينهما إلّا أن يشاء المشترى أن يدعهما»(۱) و غيره من النصوص المستفيضه.

و اما خبر أبى بصير، عن أحدهما عليهما السّلام فى خبر: «و إذا باعها السيّد فقد بانت من الزوج الحرّ إذا كان يعرف هذا الأمر»(۲) فذيله معرض عنه وان اعتمده الفقيه.

قيل: و هذا الخيار على الفور.

وفيه: ان الخيار هنا بمعنى مالكيه المالك الجديد التسلط على كل ما يتعلق بهذا العبد او هذه الامه ولا يصح اى تصرف فيهما الّا بامضائه و عليه فلا معنى للخيار هنا.

نعم لو رضى بامضاء العقد فليس له فسخه كما هو مقتضى القاعده و يؤيد ذلك خبر أبى الصّباح الكنانىّ، عن الصّادق (عليه السلام): «إذا بيعت الأمه و لها زوج فالّذى اشتراها بالخيار إن شاء فرّق بينهما، و إن شاء تركها معه، فإن هو تركها معه فليس له أن يفرّق بينهما بعد ما رضى، قال: و إن بيع العبد فإن شاء مولاه الذى اشتراه أن

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۸۳ح۴

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۵۳

يصنع مثل الذى صنع صاحب الجاريه فذلك له و إن هو سلّم فليس له أن يفرّق بينهما بعد ما سلّم»(۱).

(وكذا يتخير كل من انتقل إليه الملك بأى سبب كان)

من هبه أو صلح أو صداق و غيره كما تقدم دليله انفا.

(و لو بيع الزوجان معا على واحد تخير) لقيام المقتضى (و لو بيع كل منهما على واحد تخيرا) لعين ما ذكرنا.

حصيله البحث:

يستحبّ إذا زوّج عبده أمته أن يعطيها شيئاً من ماله، و يجوز تزويج الأمه بين شريكين لأجنبيٍّ باتّفاقهما، و لا يجوز تزويجها لأحدهما و لو حلّل أحدهما لصاحبه فالوجه الجواز، و لو أعتقت المملوكه فقد ملكت نفسها فلها ان تجيز العقد السابق و إن كانت تحت حرٍّ و ان لم تجزه بطل بخلاف العبد فإنّه لا خيار له بالعتق، و يجوز جعل عتق أمته صداقها و يقدّم ما شاء من العتق و التّزوج و لا يجب قبولها، و لو بيع أحد الزّوجين فللمشترى و البائع الخيار و كذا من انتقل إليه الملك بأىّ سببٍ كان و لو بيع الزّوجان معاً على واحدٍ تخيّر فى امضاء العقد السابق، و لو بيع كلٌّ منهما على واحدٍ تخيّرا.

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۵۴۳

و ليس للعبد طلاق أمه سيّده الّا برضاه

(و ليس للعبد طلاق أمه سيّده الّا برضاه).

للنصوص المستفيضه مثل صحيح زراره، عن الباقر، و الصّادق عليهما السّلام: «المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلّا بإذن سيّده، قلت: فإنّ السيّد كان زوّجه، بيد من الطلاق (كذا)؟ قال: بيد السيّد {ضَرَبَ اللّهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلى شَيْ ء} الشي ء الطلاق»(١).

(و يجوز) للعبد (طلاق غيرها) أي غير أمه سيده و إن كان قد زوجه بها مولاه (أمه كانت) الزوجه (أو حره) لصحيح أبي بصير قال: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن الرَّجل يأذن لعبده أن يتزوَّج الحرَّه أو أمه قوم الطَّلاق إلى السَّيِّد أو إلى العبد فقال الطَّلاق إلى العبد»(٢) و غيره(٣) .

(أذن المولى) في طلاقها (أو لا على المشهور)

لمفهوم صحيح محمّد بن مسلم، عنه (عليه السلام): «سألته عن رجل ينكح أمته من رجل أ يفرّق بينهما إذا شاء؟ فقال: إن كان مملوكه فليفرّق بينهما إذا شاء إنّ اللّه تعالى

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٣٤٧ح ٥٠

٢- وسائل الشيعه، ج ٢٢، ص: ٩٩ باب ٤٣ ح ٣

٣- وسائل الشيعه، ج ٢٢، ص: ٩٩ باب ٤٣ ح ١ -٢

یقول «عَبْداً مَمْلُوکاً لٰا یَقْدِرُ عَلیٰ شَیْ ءٍ» فلیس للعبد شی ء من الأمر و إن کان زوجها حرّا، فإنّ طلاقها صفقتها»(۱) یعنی و إن یکن مملوکه فلیس له ان یفرّق بینهما و به یخصص اطلاقات ما تقدم , و مثله فی الدلاله غیره.

و أمّا خبر علیّ بن سلیمان قال: «کتبت إلیه جعلت فداک رجل له غلام و جاریه زوّج غلامه جاریته، ثمّ وقع علیها سیّدها هل یجب فی ذلک شی ء؟ قال: لا ینبغی له أنّ یمسّها حتّی یطلّقها الغلام»(۲) فضعیف سندا لا یعارض ما تقدم و مخالف للکتاب و حمله الشیخ «علی أنّ المراد به یصبر حتّی تصیر فی حکم من طلّقها الغلام باستبراء رحمها». کما ورد ذلک فی صحیح محمّد بن مسلم: «سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن قول اللّه {و المُحْصَنٰاتُ مِنَ النِّسٰاءِ إِلّٰا مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُکُم} قال: هو أن یأمر الرّجل عبده و تحته أمته فیقول: اعتزلها و لا تقربها، ثمّ یحبسها عنه حتّی تحیض، ثمّ یمسّها فإذا حاضت بعد مسّه إیّاها ردّها علیه بغیر نکاح»(۳).

هذا و خالف فیه العمانیّ و الحلبیّ فجعلاه کالأوّل استنادا إلی الإطلاقات المتقدمه و قد عرفت انها مقیده فلا تعارض فی البین.

ص:۲۳۶

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۴۰ح۲۳

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۵۷ح۳۵

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۸۱ح۲

و يشهد لهم ايضا صحيح عبد الرّحمن بن أبى عبد اللّه، عنه (عليه السلام) «قلت: الرّجل يزوّج جاريته من رجل حرّ أو عبد أله أن ينزعها بغير طلاق؟ قال: نعم هى جاريته ينزعها متى شاء»(۱).

و خبر محمّد بن علىّ، عن أبى الحسن (عليه السلام): إذا تزوّج المملوك حرّه فللمولى أن يفرّق بينهما فإن زوّجه المولى حرّه فله أن يفرّق بينهما»(۲) فحملهما الشيخ على أنّ المراد تفريق المولى بينهما ببيع العبد أو الأمه فيفرّق المشترى بينهما و استشهد له بصحيح الحلبىّ، عن الصّادق (عليه السلام): إذ أنكح الرّجل عبده أمته فرّق بينهما إذا شاء، قال: و سألته عن رجل يزوّج أمته من رجل حرّ أو عبد لقوم آخرين أ له أن ينزعها منه؟ قال: لا- إلّا أن يبيعها، فإن باعها فشاء الذى اشتراها أن يفرّق بينهما فرّق بينهما»(۳).

اقول: لا شاهد لهذا الجمع و صحيح الحلبى معارض لهما لاشاهد جمع و عليه فتقع المعارضه بين تلك الروايات المتظافره و بين هذين الخبرين الذى احدهما ضعيف السند وكلاهما مما اعرض عنه المشهور , ومن المعلوم تقدم الاولى عليهما كما هو واضح.

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۳۹ح۱۷

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۳۹ح۱۸

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۳۹ح۱۹

و بهـذا الجواب يجـاب على صـحيح إسـحاق بن عمّـار، عن الكـاظم (عليه السـلام): «سألته عن رجل كانت له جاريه فزوّجها من رجل آخر بيد من طلاقها؟ قال: بيد مولاه و ذلك لأنّه تزوّجها و هو يعلم أنّها كذلك»(۱) وحمل الشيخ له تبرعی.

(و للسيّد أن يفرق بين رقيقه متى شاء بلفظ الطلاق و بغيره)

من الفسخ و الأمر بالاعتزال ونحوهما بشرط ان يكون مفهما كما تقدم دليله.

اباحه الأمه بالتحليل

(و تباح الأمه بالتحليل مثل أحللت لک وطيها أو جعلتک فی حلّ من وطيها)

أفتى بالإباحه بالتحليل الصـدوق و الشـيخ و ابن حمزه و ابن زهره و الحليّ، و أمّا المفيد و الدّيلميّ و الحلبيّ و القاضـى فلم نقف عليه فی كلامهم، و لا نقل عن عليّ بن بابويه و العمانیّ و الإسكافیّ و أنكره المرتضى فی انتصاره .

و يشـهد لـذلک الاخبار المسـتفيضه جـدا بل المتواتره منها صـحيح الفضـيل بن يسار قلت لأبی عبـد اللّه (عليه السـلام): «جعلت فداک إنّ بعض أصحابنا قد روى عنک أنّک قلت: إذا أحلّ الرّجل جاريته لأخيه فهی له حلال، فقال: نعم يا فضيل، قلت له: فما تقول فی رجل عنده جاريه نفيسه و هی بكر أحلّ لأخيه ما دون فرجها أله أن يفتضّها؟

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۳۹ح ۲۰

قال: لا ـ ليس له إلّا ما أحلّ له منها و لو أحلّ قبله منها لم يحلّ له ما سوى ذلك، قلت: أ رأيت إن أحلّ له ما دون الفرج فغلبته الشهوه فافتضّها؟ قال: لا ينبغى له ذلك، قلت: فإن فعل يكون زانيا؟ قال: لا و لكن يكون خائنا و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها. قال الحسن بن محبوب: و حدّثنى رفاعه عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) مثله إلّا أنّ رفاعه قال: الجاريه النفيسه تكون عندى..»(۱).

و صحيح محمّد بن إسماعيل بن بزيع: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن امرأه أحلّت لى جاريتها؟ فقال: ذاك لك، قلت: فإن كانت تمزح؟ قال: و كيف لك بما فى قلبها فإن علمت أنّها تمزح فلا»(۲).

و اما خبر البقباق: «سأل رجل أبا عبد اللّه (عليه السلام) و نحن عنده عن عاريه الفرج، فقال: حرام ثمّ مكث قليلا، ثمّ قال: لكن لا بأس بأن يحلّ الرّجل الجاريه لأخيه»(۳).

و فيه: انه مع ضعفه سندا لايعارض ما تواتر من الاخبار و ان التحليل كان معروفا انتسابه الى الشيعه كما قاله المرتضى «و مما شنع به على الإماميه تجويزهم إعاره الفروج و أن الفرج يستباح بلفظ العاريه - الى ان قال- فإن قيل: أ فتجوزون

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۶۸ح۱

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۶۸ح۲

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۷۰ح۱۶

استباحه الفرج بلفظ العاريه؟قلنا: ليس فی الأخبار التی أشرنا إليها أن لفظه العاريه من الألفاظ التی ينعقد بها النكاح، و إنما تضمنت أنه يجوز للرجل أن يعير فرج مملوكته لغيره...»(۱).

قلت: وحصول التحليل بلفظ العاريه قد ورد فی بعض الاخبار كما فی موثق الحسن العطّار عن الصّادق (عليه السلام): سألته عن عاريه الفرج؟ قال: لا بأس به، قلت: فإن كان منه ولد؟ فقال: لصاحب الجاريه، إلّا أن يشترط عليه»(۲) لكن الخبر شاذّ بدليل أنّه تضمّن أنّ الولد للمولى كما تقدم.

كراهه تحليل الرجل جاريته

ثم انه يكره للرجل تحليل جاريته كما ورد فی صحيح الحسين بن علىّ بن يقطين: «سألته عن الرّجل يحلّ فرج جاريته؟ قال: لا أحبّ ذلك»(۳).

و اما صحيح إسحاق بن عمّار: «سألت أبا إبراهيم (عليه السلام) عن المرأه تحلّ فرج جاريتها لزوجها؟ فقال: إنّی أكره هذا كيف تصنع إن هی حملت، قلت: تقول: إن هی حملت منک فهی لک، قال: لا بأس بهذا، قلت: فالرّجل يصنع هذا بأخيه؟ قال:

۱- الانتصار فی انفرادات الإماميه، ص: ۲۸۰

۲- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۱۳۸ح۲

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۴۳ح۱۱

لا بأس بذلک»[(۱)] فلا یخلو من اجمال فان قوله (علیه السلام) فهی لک وردت فی نسخه التهذیب «فهی لک» و فی الاستبصار وردت بلفظ «فهو لک»[(۲)].

و یدلّ علی مختار المرتضی موثق عمّار عن الصّادق (علیه السلام) «فی المرأه تقول لزوجها: جاریتی لک؟ قال: لا یحلّ له فرجها إلّا أن تبیعه أو تهب له»[(۳)] .

قلت: و قد تقدم شذوذ کثیر من روایات عمار مما یسلب الوثوق منها و هذا من جمله روایاته الشاذه.

و أمّا خبر أبی هلال، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن الرّجل تحلّ له جاریه امرأته قال: لا حتّی تهبها له: إنّ علیّا (علیه السلام) قد قضی فی هذا أنّ امرأه تستعدی علی زوجها قالت: إنّه قد وقع علی جاریتی فأحبلها، فقال الرّجل: إنّها وهبتها لی- الخبر»[(۴)] الدال علی عدم صحه تحلیل جاریه امرأته الّا بالهبه.

و فیه: انه ضعیف سندا و لم یعمل به الاصحاب.

ص:۲۴۱

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۴۳ح۱۲

۲- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۱۳۷ح۹

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۴۳ح۱۳

۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۶۳ح۶۵

نعم استثنى التّهذيب من التحليل، المولى و عبده فقال: لا تحلّ له جاريته إلّا بالعقد لصحيحه علىّ بن يقطين عن الكاظم (عليه السلام): سئل عن المملوك يحلّ له أن يطأ الأمه من غير تزويج إذا أحلّ له مولاه؟ قال: لا يحلّ له»(1) لكنه احتمل كون عدم الجواز لاجل كونها غير معيّنه و استشهد لذلك بصحيح ابن ابى عمير عن فضيل مولى راشد قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): «لمولاى فى يدى مال فسألته أن يحلّ لى ما أشترى من الجوارى، فقال: إن كان يحلّ لى أن أحلّ لك فهو لك حلال، فسألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن ذلك، فقال: إن أحلّ لك جاريه بعينها فهى لك حلال، و إن قال: اشتر ما شئت منهنّ ما شئت فلا تطأ منهنّ شيئا إلّا من يأمرك إلّا جاريه يراها فيقول: هى لك حلال و إن كان لك أنت مال فاشتر من مالك ما بدا لك»(2).

قلت: و هو الصحيح و ذلك لان تعارضهما بالاطلاق و التقييد و لا ريب فى تقدم المقيد على المطلق.

(و فى صحّته بلفظ الإباحه قولان)

أمّا القول بإباحه لفظ الإباحه فللمبسوط و الحلىّ، و أمّا القول بالعدم فلم أقف على قائل به من القدماء، و أمّا قول ابن زهره: «و لا بدّ من اعتبار لفظ التحليل»

ص:۲۴۲

۱- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۱۳۷ح۱۱

۲- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۱۳۸ح۱۲

فمراده عدم جواز لفظ العاریه فقال الشیخ فی النهایه و التّهذیب: و ینبغی أن یراعی فی ما ذکرنا لفظ التحلیل- إلی أن قال- «و لا یجوز لفظ العاریه فی ذلک».

قال الحلّی: «قول الشیخ ذاک لا- یمنع من قول «أبحتک وطیها» فقال فی مبسوطه: «و لا- یجوز إعاره الجاریه للاستمتاع بها، و حکی عن مالک جوازها و عندنا یجوز بلفظ الإباحه لا العاریه».

اقول: اذا کان التحلیل بمعناه الحقیقی حلالا صح التعبیر عنه بکل لفظ مفهم یدل علیه و القول بعدم حصوله بلفظ کذا یحتاج الی دلیل کما هو واضح.

(و الأشبه أنّه ملک یمین لا عقد)

لانحصار ذلک بینهما کما ورد فی الذکر الحکیم کما و ان التحلیل تملیک لمنافع الجاریه لا عقد علیها لانه تحل له بمجرده بلا حاجه الی قبولها.

(و یجب الاقتصار علی ما یتناوله اللّفظ)

کما تقدم فی صحیح الفضیل والروایات بذلک مستفیضه لکن لو أحلّ له الفرج حلّ له جمیع مقدّماته و لو أحلّ المقدّمات لم یحلّ الفرج کما هو مفهوم عرفا,ویؤید ذلک خبر الحسن بن عطیّه، عن الصّادق (علیه السلام): «إذا أحلّ الرّجل من

جاريته قبله لم يحلّ له غيرها، و إن أحلّ له منها ما دون الفرج لم يحلّ له غيره، و إن أحلّ له الفرج حلّ له جميعها»(۱).

(و الولد حرّ و لا قيمه على الأب)

اقول: للشيخ فيه ثلاثه أقوال:

أحدها: قوله في المبسوط إنّه رقّ ما لم يشترط الحرّيّه استنادا إلى موثق ضريس بن عبد الملک: «قلت لأبي عبد اللّه (عليه السلام): الرّجل يحلّ لأخيه فرج جاريته؟ قال: له حلال، قلت: فإن جاءت بولد منه؟ قال: هو لمولى الجاريه إلّا أن يكون اشترط على مولى الجاريه حين أحلّها له: إن جاءت بولد فهو حرّ»(۲).

و موثق الحسن العطّار، عنه (عليه السلام): «سألته عن عاريه الفرج، قال: لا بأس به، قلت: فإن كان منه ولد؟ فقال: لصاحب الجاريه إلّا أن يشترط عليه»(۳).

ثانيها: قوله في النهايه و التّهذيبين أنّه لو شرط يكون حرّا و إذا لم يشترط كان على الأب اشتراؤه جمعا بينهما و بين صحيح ضريس بن عبد الملک، عن الصّادق (عليه السلام) في الرّجل يحلّ لأخيه جاريته و هي تخرج في حوائجه، قال: هي له حلال،

۱- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۷۰ح۱۵

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۴۶ح۲۰

۳- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۱۳۸ح۲

قلت: أ رأيت إن جاءت بولد ما يصنع به؟ قال: هو لمولى الجاريه إلّا أن يكون اشترط عليه حين أحلّها له أنّها إن جاءت بولد فهو حرّ، قال: إن كان فعل فهو حرّ،قلت: فيملك ولده؟ قال: إن كان له مال اشتراه بالقيمه»(۱).

و خبر إبراهيم بن عبد الحميد، عن أبي الحسن (عليه السلام) «في امرأه قالت لرجل:فرج جاريتي لك حلال فوطئها فولدت ولدا، قال: يقوّم الولد عليه بقيمته»(۲) وهو ضعيف سندا.

و إلى هذا القول ذهب الصدوق في فقيهه فروى صحيح ضريس، ثمّ روى صحيح زراره(۳) «عن الباقر (عليه السلام) قلت: الرّجل يحلّ لأخيه جاريته؟ قال: لا بأس به، قلت: فإن جاءت بولد؟ فقال: ليضمّ إليه ولده و ليردّ على الرّجل جاريته، قلت له: لم يأذن له في ذلك؟ قال: إنّه قد أذن له و لا يأمن أن يكون ذلك»(۴). و قال: «لا تنافي بينهما لأنّ المراد بخبر زراره في ضمّ الولد ضمّه بالقيمه ما لم يقع الشرط بأنّه حرّ».

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۵۶

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۴۸ح۲۷

۳- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۶۹ح۶ و هو صحيح بسند الكافي لا الفقيه.

۴- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۵۶

ثالثها: قوله فی الخلاف من کون الولـد للمحلّل له بـدون قیمه و هو المفهوم من الکافی حیث اقتصـر علی صـحیح زراره المتقدّم انفا و صـحیح حریز، عن الصّادق (علیه السلام) فی الرّجل یحلّ فرج جاریته لأخیه؟ فقال: لا بأس بذلک، قلت: فإنّه أولدها؟ قال: یضمّ إلیه ولده و ترد الجاریه علی مولاها، قلت: فإنّه لم یأذن له فی ذلک، قال: إنّه قد حلّله منها فهو لا یأمن أن یکون ذلک»(۱).

و یـدلّ علیه أیضا صـحیح إسـحاق بن عمّار، عن الصّادق (علیه السـلام) قلت: «الرّجل یحلّ جاریته لأخیه، أو حرّه حلّلت جاریتها لأخیهـا؟ قـال: یحـلّ له من ذلـک مـا أحلّ له، قلت: فجاءت بولـد؟ قال: یلحق بالحرّ من أبویه»(۲) و غیره, و بـه قـال الحلّی، وهو الاقوی لاسـتفاضه الاخبار به و مشـهوریّته وتقـدم شذوذ الأخبار المخالفه, وعلی فرض التعارض والتساقط فالاصل یقتضـی حریه الولد.

حکم وطی الأمه و فی البیت آخر

(و لا بأس بوطی الأمه و فی البیت آخر)

و یـدلّ علی الکراهه و عـدم الحرمه بالخصوص - مع غض النظر عن ضـعف سـنده- خبر ابن راشـد، عن أبیه، عن الصّادق (علیه السلام): «لا یجامع الرّجل امرأته و لا

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۶۹ح۵
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۴۷ح۲۳

جاریته و فی البیت صبیّ فإنّ ذلک ممّا یورث الزّنا»(۱) و ذلک للتعلیل الـذی فی ذیله الظاهر فی الکراهه و مثله فی الدلاله علی الکراهه خبر سـلیمان الجعفریّ، عنه (علیه السـلام)، عن آبـائه علیهم السّـلام عن النّبیّ (صـلی الله علیه و آله): «تعلّموا من الغراب خصالا ثلاثا: استتاره بالسّفاد، و بکوره فی طلب الرّزق، و حذره»(۲) والسفاد نزو الذکر علی الانثی.

و یـدل علی الجواز بـالعموم ظهور صـحیح الحلبی عن الصّادق (علیه السـلام): «سألته عن قول اللّه عزّ و جلّ {أو لٰامَسْـتُمُ النِّسٰاءَ} قال: هو الجماع و لکن اللّه ستیر یحبّ السّتر فلم یسمّ کما تسمّون»(۳) وغیره.

هذا و فی صـحیح ابن أبی یعفور، عن الصّادق (علیه السلام) عن الرّجل ینکح الجاریه من جواریه و معه فی البیت من یری ذلک و یسمع، قال: لا بأس»(۴) وهو فی مقام دفع توهم الحرمه فلا ینافی الکراهه .

ص:۲۴۷

۱- الکافی (ط - الإسـلامیه)، ج ۵، ص: ۴۹۹ح۱ و التّهذیب فی ۲۷ من أخبار السـنّه فی عقود النکاح، عن الکافی، لکن فیه بدل «ابن راشد» «أبی راشد»، والمحاسن فی ۴۲ من أخبار علله لکن فیه «ابن رشـید»، و رواه علل الصدوق فی باب العلّه الّتی لا یجوز أن یجامع الرّجل و فی البیت صبیّ، ۲۶۷ من أبوابه و فیه بدل «ابن راشد» «حنان بن سدیر» و فیه «یورثه الزّنا».

۲- الخصال، ج ۱، ص: ۱۰۰ح۵۱

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۹۸ح۳

۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸، ص: ۲۰۸ح۴۱

هـذا و افتى المفيـد بالحرمه فى الحرائر حيث قال: «لا يجوز للرّجل أن يجامع زوجته و له زوجه أخرى حرّه تراه، و لا بأس بذلك فى الإمـاء و ملـك اليمين» وهو ظـاهر الـدّيلمىّ فقـال: «و أن لاـ يجامع زوجته و له زوجه أخرى تراه أو صبىّ صـغير، و ذلك فى الإماء جائز». و قال الشـيخ و الحلّى بما قاله المصـنّف من عـدم الباس، و أمّا ابن حمزه فأطلق الكراهه و هو الـذى دل عليه الدليل المتقدم فهو الاقوى.

(و أن ينام بين أمتين، و يكره ذلك فى الحرّه)

عنـد المصـنف و الأصل فيه الشـيخ و تبعه ابن حمزه و الحلّى و لا شاهـد لهم و اما ما روياه ابنا بسـطام فى طبّهما «عن ذريح، عن الصّادق، عن أبيه عليهما السّلام لا تجامع الحرّه بين يدى الحرّه فأمّا الإماء بين يدى الإماء فلا بأس»(۱) فمضافا لارساله غير ما قاله المصنّف.

هـذا و موثق غيـاث بن إبراهيم، عن الصّـادق (عليه السـلام): «لاـ بـأس أن ينام الرّجل بين أمتين و الحرّتين، و إنّما نساؤكم بمنزله اللّعب»(۲)يدل على عدم البأس.

و مثله مرسل ابن أبى نجران أبى الحسن (عليه السلام) أنّه كان ينام بين جاريتين».

ص:۲۴۸

۱- النجعه ج۹ كتاب النكاح الفصل الخامس ص ۶۱

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۵۶۰ح۱۶

حکم وطی الأمه الفاجره

(و یکره وطی الأمه الفاجره)

و یشهد لذلک ما فی الخرائج مرسلا «أنّ الحسین بن أبی العلاء قال: دخل علی أبی عبد اللّه (علیه السلام) رجل من أهل خراسان فقال: إنّ فلان بن فلان بعث معی بجاریه و أمرنی أن أدفعها إلیک، قال: لا حاجه لی فیها إنّا أهل البیت لا یدخل الدّنس بیوتنا، قال: أخبرنی أنّها ربیبه حجره، قال: إنّها قد أفسدت، قال: لا علم لی بهذا، قال: اعلم أنّه کذا»(۱).

و قال ایضا «أنّ رجلا خراسانیّا أقبل إلی أبی عبد اللّه (علیه السلام) فقال له: ما فعل فلان؟ قال: لا علم لی به، قال: أنا أخبرک به، إنّه بعث معک بجاریه و لا حاجه لی فیها، قال: و لم؟ قال: لأنّک لم تراقب اللّه فیها حیث عملت ما عملت لیله نهر بلخ حیث صنعت ما صنعت، فسکت الرّجل و علم أنّه أخبره بأمر عرفه»(۲) و الظاهر انهما روایه واحده و کیف کان فهما مرسلتان و لا یمکن تأسیس حکم شرعی علیهما و قیاس ذلک علی العقد علی المعروفه بالزنا بناء علی کراهته لا حرمته باطل لا نقول به.

۱- الخرائج و الجرائح، ج ۲، ص: ۶۱۰

۲- الخرائج و الجرائح، ج ۲، ص: ۶۱۰

نعم قال صاحب الوسائل: و روى الراونـدى و المفيد و الطَّبرسـى و الصَّدوق و غيرهم أحاديث كثيره فى هذا المعنى و أنَّه أَرسَـل إليهم ع بهدايا و جوار فزنى بهنَّ الرُّسل فأخبرُوا بالحال و ردُّوا الجوارى.(١)

قلت: فان حصل الوثوق من مجموعها فهو و الّا فلا.

(و وطى من ولدت من الزّنا بالعقد و ملك اليمين)

اما جواز العقـد عليها فيشـهد له صـحيح محمّد بن مسـلم، عن أحدهما عليهما السّـلام «فى الرّجل يشترى الجاريه أو يتزوّجها لغير رشده، و يتّخذها لنفسه؟ فقال: إن لم يخف العيب على ولده فلا بأس»(٢).

و اما كراهه وطئها فيشـهد له صحيح الحلبىّ، عن الصّادق (عليه السلام) «سئل عن الرّجل تكون له الخادم ولد- زنا عليه جناح أن يطأها؟ قال: لا و إن تنزّه عن ذلك فهو أحبّ إلىّ»(٣).

هذا و يكره ان يطلب ولدها ايضا كما فى صـحيح عبد اللّه بن سنان: «قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): ولد الزّنا ينكح؟ قال:نعم، و لا يطلب ولدها»(۴).

ص:٢٥٠

١- وسائل الشيعه، ج ٢١، ص: ١٨٠

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ٣۵٣ح٢

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ٣۵٣ح۵

۴- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ٣۵٣ح٣

و صحیح محمّد بن مسلم «عن الباقر (علیه السلام): «سألته عن الخبیثه یتزوّجها الرّجل قال: لا، و قال: إن کان له أمه وطئها و لا یتّخذها أمّ ولده»(۱).

حصیله البحث:

لیس للعبد طلاق أمه سیّده إلّا برضاه، و یجوز للعبد طلاق غیرها أمهً کانت أو حرّهً، أذن المولی أو لا، و للسّیّد أن یفرّق بین رقیقه متی شاء بلفظ الطّلاق أو غیره، و تباح الأمه بالتّحلیل مثل: أحللت لک وطأها، أو جعلتک فی حلٍّ من وطئها. و یصح بلفظ الإباحه ایضا و الأشبه أنّه ملک یمینٍ لا عقد نکاحٍ. و یجب الاقتصار علی ما تناوله اللّفظ و ما یشهد الحال بدخوله فیه، و الولد حرٌّ و لا قیمه علی الأب، و لا بأس بوطء الأمه و فی البیت آخر ممیّزٌ، و أن ینام بین أمتین او حرّتین، قیل: و یکره وطء الأمه الفاجره, لکنه لم یثبت عندنا و یکره وطء من ولدت من الزّنی بالعقد و الملک و یکره ان یطلب ولدها .

(الفصل السّادس فی المهر)

کلّ ما یصحّ أن یملک، عینا کان أو منفعه یصحّ إمهاره

(کلّ ما یصحّ أن یملک)

ص:۲۵۱

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۵۳ح۴

و إن قل بعد أن يكون متمولا لان عقد النكاح يتضمن تمليك البضع يعنى تمليك الاستمتاع بالزوجه فيلزم كون عوضه مما يعتد به عرفا فى المعاوضه و الّا كان اكلا للمال بالباطل .

(عينا كان أو منفعه)

لاطلاق الادله و عدم المقيّد و لصحيح محمّد بن مسلم، عنه (عليه السلام): «جاءت امرأه إلى النّبىّ (صلى الله عليه و آله) فقالت: زوّجنى، فقال (صلى الله عليه و آله): من لهذه، فقام رجل فقال: أنا، زوّجنيها، فقال: ما تعطيها، فقال: مالى شى ء، فقال: لا، قال: فأعادت فأعاد (صلى الله عليه و آله) الكلام، فلم يقم أحد غير الرّجل، ثمّ أعادت، فقال (صلى الله عليه و آله) فى المرّه الثالثه: أ تحسن من القرآن شيئا؟ قال: نعم، فقال: قد زوّجتكها على ما تحسن من القرآن فعلّمها إيّاه»(۱).

(يصح إمهاره)

و لا خلاف فى ذلك كله سوى العقد على منفعه الزوج فقد منع منه الشيخ فى مبسوطه و نهايته و تبعه القاضى فى كامله و ذهبا إلى عدم جواز جعل المهر إجاره نفسه لكونه مختصا بموسى (عليه السلام) استنادا إلى صحيح أحمد بن محمّد البزنطى عن أبى الحسن (عليه السلام): سألته عن الرّجل يتزوّج المرأه و يشترط لأبيها إجاره شهرين، فقال: إنّ موسى (عليه السلام) قد علم أنّه سيتمّ له شرطا فكيف لهذا بأن يعلم أنّه سيبقى

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۸۰ح۵

حتّی یفی، و قد کان الرّجل علی عهد النّبیّ (صلی الله علیه و آله) یتزوّج المرأه علی السّوره من القرآن و علی الدّرهم و علی الحنطه القبضه»(۱).

و لا یخفی ما فی الصحیح من اشکال دلالهً لتناقض صدره مع ذیله کما سیتضح و لعله (علیه السلام) أجمل الجواب و إلّا فعدم الجواز فی مورد الصحیح من حیث إنّه جعل المهر کونه أجیرا لأبیها مع أنّ المهر لها, کما یشهد لذلک معتبر السّکونیّ، عن الصّادق: «لا یحلّ النّکاح الیوم فی الإسلام بإجاره أن یقول: أعمل عندک کذا و کذا سنه علی أن تزوّجنی ابنتک أو أختک، قال: حرام لأنّه ثمن رقبتها و هی أحقّ بمهرها»(۲) و یدلّ ذیله «و قد کان الرّجل علی عهد النّبیّ (صلی الله علیه و آله) یتزوّج المرأه علی السّوره...» علی أن الاشکال من تلک الجهه، و إلّا فکیف یعلم بأنّه یبقی حتّی یعلّمها السوره .

هذا و قد عمم المفید و الدّیلمیّ و الإسکافیّ و الحلّی و لم یستثنوا شیئا.

و لو عقد الذمیان علی ما لا یملک فی شرعنا صح

(و لو عقد الذمیان علی ما لا یملک فی شرعنا) کالخمر و الخنزیر(صح)

لأنهما یملکانه (فإن أسلما) أو أسلم أحدهما قبل التقابض (انتقل إلی القیمه)

۱- التهذیب ج ۷، ص: ۳۶۶ح۴۶ والکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۱۴ح۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۱۴ح۲

عند مستحليه عند المصنف , و قيل فى وجه الانتقال الى القيمه: خروجه عن ملك المسلم سواء كان عينا أو مضمونا لأن المسمى لم يفسد و لهذا لو كان قد أقبضـها إياه قبل الإسلام برى ء و إنما تعذر الحكم به فوجب المصير إلى قيمته لأنها أقرب شى ء إليه كما لو جرى العقد على عين و تعذر تسليمها.

و فيه: ان مقتضـى القاعـده هو لزوم اداء مهر المثل و ذلك لبطلان المسـمى بخروجه عن الماليه فيكون كالعقد بلا مهر الّا اذا قام الـدليل على لزوم غيره, و قـد يقـال بقيـامه ففى معتبر طلحه بن زيـد عن الصّـادق (عليه السـلام): «سأله رجل عن رجلين من أهل الذمّه أو من أهل الحرب يتزوّج كلّ واحد منهما امرأه و أمهرها خمرا و خنازير، ثمّ أسلما، فقال: النكاح جائز حلال لا يحرم عليه من قبـل الخمر و لاـ من قبل الخنازير، قلت: فإن أسـلما قبل أن يـدفع إليها الخمر و الخنازير؟ فقال: إذا أسـلما حرم عليه أن يـدفع إليها شيئا من ذلك و لكن يعطيها صداقا»(۱) قلت: و هو مجمل بل قد يقال بدلالته على مهر المثل.

نعم خبر رومى بن زراره: «قلت لأبى عبد اللّه (عليه السـلام): النصرانىّ يتزوّج النصرانيّه على ثلاثين دنّا من خمر و ثلاثين خنزيرا، ثمّ أسلما بعد ذلك و لم يكن دخل بها، قال: ينظركم قيمه الخمر و كم قيمه الخنازير فيرسل بها إليها، ثمّ يدخل عليها، و

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۳۶ح۵

هما على نكاحهما الأوّل»(۱) دال على الانتقال الى القيمه لكنه ضعيف سندا و معارض بالمعتبر المتقدم بناء على دلالته على المثل.

هذا و تعبير المصنف بالذميين ليس بصحيح فلا يختص الحكم باهل الذمه بل هو شامل للكفار كما عبر الكافى بأهل الذّمّه و المشركين.

و لا تقدير فى المهر قله و لا كثره

(و لا تقدير فى المهر قله و لا كثره)

كما ذهب إليه العمانىّ و الكافى و الشيخان و الدّيلمىّ و القاضى و الحلبىّ و ابن زهره و الحلىّ. و هو ظاهر المقنع،كما فى صحيح فضيل بن يسار، عن الباقر (عليه السلام): «الصداق ما تراضيا عليه من قليل أو كثير فهذا الصداق»(۲).

و فى صحيح الوشاء عن الرّضا (عليه السلام): «لو أنّ رجلا تزوّج امرأه و جعل مهرها عشرين ألفا و جعل لأبيها عشره آلاف كان المهر جائزا، و الذى جعل لأبيها فاسدا»(۳) وغيرهما من الاخبار وهى مستفيضه.

ص:۲۵۵

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۳۷ح۹
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۷۸ح۳
۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۸۴ح۱

و قال تعالى {وَإِنْ أَرَدتّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنّ قِنطَاراً فَلاَ تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وَإِثْماً مُبِيناً }(۱)و هو المال العظيم و فى القاموس القنطار بالكسر وزن أربعين أوقيه من ذهب أو فضه أو ألف دينار أو ألف و مائتا أوقيه من ذهب أو فضه أو سبعون ألف دينار أو ثمانون ألف درهم أو مائه رطل من ذهب أو فضه أو مل ء مسک ثور ذهبا أو فضه.

و ذهب المرتضى فى انتصاره إلى عدم جواز كون المهر أكثر من السّنّه فمن جعله أكثر يردّ إليه، و مال إليه الإسكافىّ حيث إنّه و إن قال أوّلا:«كلّ ما صحّ التملّک له من قليل أو كثير يحلّ به الفرج بعد العقد» لكن قال أخيرا: «و سأل المفضّل الصّادق (عليه السلام) أنّ النّبىّ (صلى الله عليه و آله) عيّن مهر المرأه الّتى لا يجوز للمؤمنين أن يجوزوه، فقال: السّنّه المحمّديّه خمسمائه درهم فمن زاد على ذلک ردّ إلى السّنّه و لا شى ء عليه أكثر من خمسمائه درهم» والخبر رواه فى التّهذيب(۲) و طعن فيه بكون محمّد بن سنان فى طريقه , قلت: مضافا الى ضعف المفضل بن عمر و مخالفته للقران, وبذلک يظهر ضعف قول الفقيه حيث اختاره: «و السّنّه المحمّديّه فى الصداق

ص:۲۵۶

۱- النساء ۲۰

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۶۱ح۲۷

خمسمائه درهم، فمن زاد على السّنّه ردّ إلى السّنّه»(۱) و ضعف توقّف ابن حمزه فيه فقال: «فى الزّياده على السنه روايتان».

و اما صحيح محمد بن مسلم عن الصّادق (عليه السلام): «قلت له: ما أدنى ما يجزى من المهر؟ قال: تمثال من سكّر»(۲) الظاهر فى عدم كفايه الاقل فالظاهر انه من باب المثال كمثال للقله لا التحديد و يكفى هذا الاحتمال فى سقوط الروايه عن الظهور و الّا فهو معرض عنه .

و اما مرسل العيّاشى فى تفسيره عن عمر بن يزيد قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): «أخبرنى عمّن تزوّج على أكثر من مهر السنّه أ يجوز ذلك؟ قال: إذا جاز مهر السنّه فليس هذا مهرا إنّما هو نحل لأنّ اللّه تعالى يقول {و آتَيْتُمْ إِحْداهُنَّ قِنْطاراً فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً} إنّما عنى النحل و لم يعن المهر، ألا ترى أنّها إذا أمهرها مهرا، ثمّ اختلعت كان له أن يأخذ المهر كاملا فما زاد على مهر السنّه فإنّما هو نحل كما أخبرتك، فمن ثمّ وجب لها مهر نسائها لعلّه من العلل، قلت: كيف يعطى و كم مهر نسائها؟ قال: إنّ مهر المؤمنات خمسمائه و هو مهر السنّه و قد يكون أقلّ من خمسمائه، و لا يكون أكثر من ذلك، و من كان مهرها و مهر نسائها أقلّ من خمسمائه أعطى ذلك الشى ء، و من فخر و بذخ بالمهر فان زاد على

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۳۹۹

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۸۲ح۱۶

خمسمائه ثمّ وجب لها مهر نسائها فی علّه من العلل لم یزد علی مهر السنّه خمسمائه درهم».

و فیه: انه مضافا لضعفه بالارسال یرد علیه أنّ الآیه تتعلق بالصداق بقرینه التعلیل الوارد فی الایه التالیه لها {وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِيثَاقاً غَلِيظاً} و ظاهره الصداق لا النحله و علیه فالخبر مردود و لا عبره به.

حکم التجاوز عن مهر السنه

(و یکره أن یتجاوز مهر السنه) عند المصنف (و هو خمسمائه درهم)

و اما انه خمسمائه درهم فیشهد له ما فی صحیح معاویه بن وهب، عنه (علیه السلام): ساق النّبیّ إلی أزواجه اثنتی عشره أوقیّه و نشّا، و الأوقیّه أربعون درهما و النشّ نصف الأوقیّه عشرون درهما فکان ذلک خمسمائه درهم، قلت: بوزننا؟ قال: نعم»(۱) و صحیح حمّاد بن عیسی، عنه (علیه السلام): «قال أبی: ما زوّج النّبیّ (صلی الله علیه و آله) سائر بناته و لا تزوّج شیئا من نسائه علی أکثر من اثنتی عشره أوقیّه و نشّ، الأوقیّه أربعون، و النشّ عشرون درهما»(۲) و غیرهما.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۷۶ح۲

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۷۶ح۵

و اما كراهه تجاوزه فيستدل لذلك بصحيح البزنطى عن الحسين بن خالد، عن أبى الحسن (عليه السلام): «سألته عن مهر السّنه كيف صار خمسمائه - إلى أن قال- بعد ذكر كون خمسمائه ذكر التسبيحات الأربع و الصلاه - ثمّ أوحى اللّه عزّ و جلّ إلى نبيّه (صلى الله عليه و آله) أن سنّ مهور المؤمنات خمسمائه درهم، ففعل ذلك النّبيّ (صلى الله عليه و آله)، و أيّما مؤمن خطب إلى أخيه حرمته فقال: خمسمائه درهم فلم يزوّجه فقد عقّه و استحقّ من اللّه عزّ و جلّ ألّا يزوّجه حوراء»(۱) لكن ظاهره الحرمه لاشتماله على الحرمان من الحور العين وعليه فهو معرض عنه.

نعم استحباب التاسى بالنبى (صلى الله عليه و آله) بان لا يتجاوز مهر السنه مما لا كلام فيه.

حكم مشاهده المهر بدلاً عن اعتباره

(و يكفى فيه المشاهده عن اعتباره بالكيل أ و الوزن أو العدد)

اقول: اما اصل اعتبارالكيل أ و الوزن أو العدد فلئلا يلزم الغرر كما تقدم الكلام عنه فى كتاب البيع .

و أمّا كفايه المشاهده فاستدل له بما تقدم من صحيح محمّد بن مسلم، عن الصّادق (عليه السلام) قلت له: ما أدنى ما يجزى من المهر؟ قال: تمثال من سكر» , و فيه: ان الصحيح ليس فى مقام البيان من هذه الجهه بل من جهه الاقليه.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۷۶ح۷

نعم ما تقدم من صحیح البزنطیّ، عن أبی الحسن (علیه السلام) فی خبر: و قد کان الرّجل علی عهد النّبیّ (صلی الله علیه و آله) یتزوّج المرأه علی السوره من القرآن و علی الدّرهم و علی القبضه من الحنطه» یدل علی کفایه القبضه من الحنطه مع کونها من الموزون و الظاهر انها لقلتها کفت المشاهده فیها.

و أمّا لو لم یشاهد واطلق فی مثل العبد و الدّار فقال فی الخلاف: «مسئله: إذا أصدقها عبدا مجهولا أو دارا مجهوله روی أصحابنا أنّ لها دارا وسطا أو عبدا وسطا»، و قال الشّافعیّ: «یبطل المسمّی و یجب لها مهر المثل». دلیلنا إجماع الفرقه و أخبارهم- إلخ».

و قد اشار الشیخ الی صحیح ابن ابی عمیر عن علیّ ابن أبی حمزه: «قلت لأبی الحسن الرّضا (علیه السلام): تزوّج رجل امرأه علی خادم، فقال لی: وسط من الخدم، قلت: علی بیت؟ قال: وسط من البیوت»(1).

و خبر ابن ابی حمزه الاخر: «سألت أبا إبراهیم (علیه السلام) عن رجل زوّج ابنه ابنه أخیه و أمهرها بیتا و خادما، ثمّ مات الرّجل؟ قال: یؤخذ المهر من وسط المال، قال: قلت: فالبیت و الخادم قال: وسط من البیوت، و الخادم وسط من الخدم، قلت:

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۸۱ح۷ والتّهذیب ح ۴۸ ج۷ص۳۶۶ بدون «الرّضا» (علیه السلام) و هو الصحیح.

ثلاثین أربعین دینارا؟ و البیت نحو من ذلک؟ فقال: هذا سبعین ثمانین دینارا مائه نحو من ذلک»(۱).

و لو تزوّجها علی کتاب اللّه تعالی

(و لو تزوّجها علی کتاب اللّه تعالی و سنّه نبیّه صلی اللّه علیه و آله فهو خمسمائه درهم)

لما تقدم من النصوص الداله علی ذلک هذا مع علمهما واما مع الجهل فیشکل الامر للزوم الغرر.

و اما خبر أسامه بن حفص و کان قیّما لأبی الحسن موسی (علیه السلام) قال: «قلت له رجل یتزوّج امرأه و لم یسمّ لها مهرا و کان فی الکلام أتزوّجک علی کتاب اللّه تعالی و سنّه نبیّه (صلی الله علیه و آله) فمات عنها أو أراد أن یدخل بها فما لها من المهر؟ قال: مهر السّنه، قال: قلت: یقولون أهلها: مهور نسائها، قال: فقال: هو مهر السّنّه، و کلّما قلت له شیئا، قال: مهر السّنّه»(۲) فضعیف سندا باسامه فانه لم یوثق.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۸۱ح۸

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۶۳ح۳۳

و اماصحیح أبی بصیر: «سألته عن رجل تزوّج امرأه فوهم أن یسمّی لها صداقا حتّی دخل بها، قال: السّنّه، و السّنه خمسمائه درهم- الخبر»(۱) فلا یخلو من اجمال و لعله فی مقام بیان «فلیسمِ مهر السنه» و لا ینتخب غیره, و لا دلاله فیه علی أنّ مهر المثل خمسمائه درهم کما قیل.

حصیله البحث:

کلّ ما صحّ أن یملک و إن قل بعد أن یکون متمولاً عیناً کان أو منفعهً یصحّ إمهاره، و لو عقد الکافران علی ما لا یملک فی شرعنا صحّ فإن أسلما انتقل إلی مهر المثل و لا تقدیر فی المهر قلّهً و لا کثرهً، و یستحب أن لا یتجاوز مهر السّنّه و هو خمسمأه درهم، و یکفی فیه المشاهده اذا ارتفعت الجهاله بها نعم إذا أصدقها عبدا مجهولا أو دارا مجهوله مثلا فأنّ لها دارا وسطا أو عبدا وسطاً للنص، و لو تزوّجها علی کتاب اللّه و سنّه نبیه (صلی الله علیه و آله) فهو خمسمائه درهمٍ، و یجوز جعل تعلیم القرآن مهراً.

صحه العقد الدائم من غیر ذکر المهر

(و یصحّ العقد الدائم من غیر ذکر المهر)

ص:۲۶۲

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۶۳ح۳۲

و هو المعبر عنه بتفويض البضع بأن تقول زوجتک نفسی فيقول قبلت سواء أهملا ذكره أم نفياه صريحا.

(فإن دخل بها فمهر المثل)

و المراد بمهر المثل: ما يرغب به فی مثلها نسباً و سناً و عقلًا و يساراً و بكارةً و أضدادها و غيرها مما تختلف به الأغراض.

و الدليل على مهر المثل عده اخبار كما فی معتبر عبد الرَّحمن بن أبی عبد اللَّه «قال لها صداق نسائها»(۱).

و موثق منصور بن حازم، عنه (عليه السلام) قلت له فی رجل تزوّج امرأه و لم يفرض لها صداقا؟ قال: لا شی ء لها من الصّداق فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها»(۲) والمراد ان لم يدخل بها فليس لها صداق بل لها المتعه.

و صحيح الحلبیّ: «سألته عن رجل تزوّج امرأه فدخل بها و لم يفرض لها مهرا، ثمّ طلّقها؟ فقال: لها مهر مثل مهور نسائها و يمتّعها»(۳) و غيرها و قوله (عليه السلام) «ويمتعها» لابد من حمله على الاستحباب لعدم القائل به مضافا الى مهر المثل .

ص:۲۶۳

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۶۲ح۲۹
۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۶۲ح۳۰
۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۶۲ح۳۱

و يشـهد للاسـتحباب ما فى صحيح حفص بن البخترىّ، عن الصّادق (عليه السلام) «فى الرّجل يطلّق امرأته أ يمتّعها؟ قال: نعم أما يحبّ أن يكون من المحسنين أما يحبّ أن يكون من المتّقين؟!»(۱).

و يؤيـد ذلـك خبر جـابر، عن البـاقر (عليه السـلام) فى قوله تعـالى {ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَما لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّهٍ تَعْتَدُّونَها فَمَتِّعُوهُنَّ وَ سَرِّحُوهُنَّ سَراحاً جَمِيلًا} قـال: متّعوهنّ أى جمّلوهنّ بمـا قـدرتم عليه من معروف، فإنهنّ يرجعن بكآبه و وحشه و هم عظيم، و شـماته من أعـدائهنّ فـإنّ اللّه عزّ و جـلّ كريم يسـتحيى و يحب أهـل الحيـاء، إنّ أكرمكم أشـدكم إكراما لحلائلهم»(۲).

فـان قوله تعـالى {فَمَتِّعُوهُنَّ وَ سَرِّحُوهُنَّ} من حيث تسـميه المهر عـام و إن كانت من حيث عـدم الـدّخول خاصّه فهى دالّه على الترغيب فى التمتيع مطلقا و لو سمى لها مهرا.

(و إن طلق قبل الدخول) و قبل اتفاقهما على فرض مهر (فلها المتعه)

المدلول عليها بقوله تعالى {إِذا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِناتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَما لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّهٍ تَعْتَدُّونَها فَمَتِّعُوهُنَّ وَ سَرِّحُوهُنَّ سَراحاً جَمِيلًا}(۳) و قوله تعالى {لا جُناحَ

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۰۴ح۱
۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸، ص: ۱۴۱ح۸۷
۳- الأحزاب ۴۹

عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّساءَ ما لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَ مَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ}(۱) و قوله تعالى {وَ لِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِين}(۲) مضافا الى النصوص المستفيضه كصحيح أبى بصير، عن الصّادق (عليه السلام): إذا طلّق الرّجل امرأته قبل أن يدخل بها فقد بانت منه و تتزوّج إن شاءت من ساعتها، و إن كان فرض لها مهرا فلها نصف المهر، و إن لم يكن فرض لها مهرا فليمتّعها»(۳) و غيره.

(حره كانت) الزوجه المفوضه (أم أمه)

و المعتبر فى المتعه بحال الزوج فى السعه و الإقتار(فالغنى) يمتع (بالدابه) و هى الفرس لأنه الشائع فى معناها عرفا (أو الثوب المرتفع) قيمته عاده ناسبت قيمته قسيميه أم لا- (أو عشره دنانير) و هى المثاقيل الشرعيه (و المتوسط) فى الفقر و الغناء يمتع (بخمسه دنانير و الفقير بدينار أو خاتم) ذهب أو فضه معتد به عاده (و شبهه) من الأموال المناسبه لما ذكر فى كل مرتبه و المرجع فى الأحوال الثلاثه إلى العرف بحسب زمانه و مكانه و شأنه .

ص:۲۶۵

۱- البقره ۲۳۶

۲- البقره ۲۴۱

۳- الكافى (فى أوّل باب ما للمطلّقه الّتى لم يدخل بها، ۳۹ من طلاقه)

اقول: ما قاله فی مقدارها فقاله المحقق فی الشرائع و قریب منه فی السرائر، و قال المفید: علی الموسر خمسه دنانیر إلی فوق أو قیمه ذلک من الثیاب أو جاریه، و علی المتوسّط ثلاثه دنانیر أو عدلها من الثیاب، و علی المعسر بالدّرهم أو الخاتم، و ما أشبهه و یعتبر حال الإنسان و المرأه و الزّمان.

و فی المبسوط «خادم فإن لم یقدر فمقنعه، و إن لم یقدر فثلاثین درهما».

و فی الخلاف «علی الموسر خادم، و علی الأوسط ثوب أو مقنعه، و علی الفقیر خادم و ما أشبهه».

و یدل علی هذه التقادیر صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام) - إلی أن قال- «إذا کان الرّجل موسّعا علیه متّع امرأته بالعبد و الأمه، و المقتر بالحنطه و الزّبیب و الثوب و الدّرهم، و إنّ الحسن بن علیّ (علیه السلام) متّع امرأه له بأمه، و لم یطلّق امرأه إلّا متّعها»(۱).

و موثق عبد اللّه بن سنان، و سماعه جمیعا، عن الصّادق (علیه السلام) - فی خبر- أما إنّ الرّجل الموسع علیه یمتّع المرأه بالعبد و الأمه و یمتّع الفقیر بالحنطه و الزّبیب و الثوب و الدّرهم»(۲)

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۵ح۳

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۵ح۴

و فی خبر «عن أبی بصیر: «قلت لأبی جعفر (علیه السلام) أخبرنی عن قول اللّه عزّ و جلّ {وَ لِلْمُطَلَّقٰاتِ مَتٰاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَی الْمُتَّقِینَ} ما أدنی ذلک المتاع إذا کان معسرا لا یجد؟ قال: خمار أو شبهه»(۱)و نسبه الفقیه إلی الرّوایه فقال: «و روی أنّ أدناه الخمار و شبهه». اقول: و هذه التقادیر عرفیه.

(و لا متعه) علی سبیل الوجوب (لغیر هذه)

الزوجه و هی المفوضه لبضعها المطلقه قبل الدخول و الفرض.

ثم أنّ المتعه مستحبّه لکلّ مطلّقه غیرها، کما فی صحیح حفص بن البختریّ، عن الصّادق (علیه السلام) «فی الرّجل یطلّق امرأته أ یمتّعها؟ قال: نعم أما یحبّ أن یکون من المحسنین أما یحبّ أن یکون من المتّقین؟!»(۲).

و یشهد للاستحباب ایضا صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام) فی قوله عزّ و جلّ { مَتٰاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَی الْمُتَّقِینَ} قال: متاعها بعد ما تنقضی عدّتها علی الموسع قدره و علی المقتر قدره، و کیف یمتّعها و هی فی عدّتها ترجوه و یرجوها و یحدث اللّه بینهما ما یشاء- الخبر»(۳) و قد تقدم مثله کما فی موثق عبد اللّه بن سنان و غیرهما و موردها المدخول بها فإنّها الّتی علیها العدّه، و یفهم منها أنّ مورد قوله

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۶ح۵
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۴ح۱
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۵ح۳

تعالى {مَتٰاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ} المتعه المستحبّه الّتى للمدخول بها. وقد دلّت على أنّ المتعه فى المدخول بها بعد العدّه إذا لم يحصل رجوع، و أمّا غير المدخول بها فمتعتها قبل الطلاق كما تقدم.

و اما ما فى صحيح زراره، عن الباقر (عليه السلام): متعه النساء واجبه، دخل بها أو لم يدخل بها، و تمتّع قبل أن تطلّق»(۱) فالوجوب فيه محمول على الاستحباب المؤكّد.

نعم لا متعه للمختلعه و ذلک لموثق الحسين بن علوان، عن جعفر، عن عليّ عليهم السّلام «لكلّ مطلّقه متعه إلّا المختلعه»(۲).

و اما ما فى صحيح البزنطىّ قال: ذكر بعض أصحابنا «أنّ متعه المطلّقه فريضه»(۳) فلا اطلاق له و المراد الامتاع الواجب و هو ما كان لغير المدخول بها مع عدم الفرض.

حصيله البحث:

يصحّ العقد الدّائم من غير ذكر المهر، فإن دخل فمهر المثل, و إن طلّق قبل الدّخول فلها المتعه حرّةً كانت أو أمةً، و المعتبر فى المتعه بحال الزوج فى السعه

ص:۲۶۸

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۵۰۷

۲- قرب الإسناد (ط - الحديثه) ص: ۱۰۵ح۳۵۵

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۰۴ح۲

و الإقتار و المرجع فيه إلى العرف, و لا متعه لغير هذه، نعم تستحب المتعه لكلّ مطلّقه مدخول بها غير المختلعه .

و لو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز

(و لو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز) لان الامر اليهما (و صار لازما)

و ذلك لصحيح أبي بصير، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن رجل تزوّج امرأه على بستان له معروف و له غلّه كثيره، ثمّ مكث سنين لم يدخل بها، ثمّ طلّقها؟ قال: ينظر إلى ما صار إليه من غلّه البستان من يوم تزوّجها فيعطيها نصفه و يعطيها نصف البستان، إلّا أن تعفو فتقبل منه و يصطلحا على شي ء ترضى به منه فإنّه أقرب للتقوى»(1).

(و لو فوّضا تقدير المهر إلى أحدهما صحّ و لزم ما حكم به الزّوج ممّا يتموّل، و ما حكمت به الزّوجه إذا لم يتجاوز مهر السنّه)

و يشهد لذلك صحيح زراره، عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن رجل تزوّج امرأه على حكمها؟ قال: لا يجاوز حكمها مهور آل محمّد عليهم السّلام اثنتى عشره أوقيّه و نشّ، و هو وزن خمسمائه درهم من الفضّه، قلت: أ رأيت إن تزوّجها على حكمه و رضيت بذلك؟ فقال: ما حكم من شي ء فهو جائز عليها قليلا كان أو كثيرا،

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٤٣١

فقلت له: فکیف لم تجز حکمها علیه و أجزت حکمه علیها؟ فقال: لأنّه حکّمها فلم یکن لها أن تجوز ما سنّ النّبیّ (صلی الله علیه و آله) و تزوّج علیه نساءه فرددتها إلی السنّه و لأنّها هی حکمه و جعلت الأمر إلیه فی المهر و رضیت بحکمه فی ذلک فعلیها أن تقبل حکمه قلیلا کان أو کثیرا»(۱) و غیره.

و اما صحیح أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن الرّجل یفوّض إلیه صداق امرأته، فنقص عن صداق نسائها، قال: یلحق بمهر نسائها»(۲) الذی قد یتوهم منه انه لابد من ان یعین مهر المثل.

و فیه: ان قوله (علیه السلام) «یلحق بمهر نسائها» فلا یخلو من اجمال ولعله المراد ان ما عیّنه یلحق بمهر نسائها ویکفی.

(و لو طلّق قبل الدّخول فنصف ما یحکم به الحاکم) کما هو معلوم .

(و لو مات الحاکم قبل الدخول فالمروی أن لها المتعه و المیراث و لا مهر لها)

کما فی صحیح محمّد ابن مسلم، عن الباقر (علیه السلام) «فی رجل تزوّج امرأه علی حکمها أو علی حکمه فمات أو ماتت قبل أن یدخل بها؟ قال: لها المتعه و المیراث و لا مهر لها- الخبر»(۳).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۷۹ح۱
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۶۶ح۴۵
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۷۹ح۲

قیـل: و یرد علی ظـاهره أنّها لو ماتت یکون للزوج منها المیراث لا لها المیراث. قلت: هـذا من المحفوف بالقرینه القطعیه فان من المعلوم انها لو ماتت کان هو الوارث , هذا و لم یذکر المتعه الإسکافیّ، کما و ان ابن ادریس أنکرها.

و لو مات أحد الزوجین مع تفویض البضع قبل الدخول فلا شی ء

(و لو مات أحد الزوجین مع تفویض البضع قبل الدخول فلا شی ء)

اقول: الظاهر أنّ مراده لا شی ء من المتعه و المهر، و أمّا المیراث فلا وجه لسقوطه بعد حصول الزّوجیه .

و یـدل علی ذلـک ما فی الاخبار المسـتفیضه منها صـحیح صـفوان عن أبی جعفر مردعه قال: «قلت لأبی عبـد اللّه (علیه السـلام) رجل تزوّج امرأه بحکمها، ثمّ مات قبل أن تحکم؟ قال: لیس لها صداق و هی ترث»(۱)و اطلاقه مقید بما قبل الدّخول لما تقدم.

ص:۲۷۱

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۱۵

و صحیح سلیمان بن خالد قال: «سألته عن المتوفّی عنها زوجها و لم یدخل بها- إلی أن قال- و إن لم یکن قد فرض لها مهرا فلیس لها مهر و لها المیراث و علیها العدّه»(۱).

و خبر ابن أبی یعفور، عن الصّادق (علیه السلام) فی رجل توفّی قبل أن یدخل بامرأته؟ فقال: إن کان فرض لها مهرا فلها النصف و هی ترثه، و إن لم یکن فرض لها مهرا فلا مهر و هو یرثها»(۲) و غیرها.

و اما خبر زید الشّحام عن الصّادق (علیه السلام) «فی رجل تزوج امرأه و لم یسمّ لها مهرا فمات قبل أن یدخل بها، قال: هی بمنزله المطلّقه»(۳) فالظاهر أنّ المراد، فی عدم المهر لا فی ثبوت المتعه و لا فی نفی المیراث.

حصیله البحث:

و لو تراضیا بعد العقد بفرض المهر جاز و صار لازماً، و لو فوّضا تقدیر المهر إلی أحدهما صحّ و لزم ما حکم به الزّوج ممّا یتموّل و ما حکمت به الزّوجه إذا لم یتجاوز مهر السّنّه، و لو طلّق قبل الدّخول فنصف ما یحکم به الحاکم، و لو مات الحاکم قبل الدّخول و الحکم فلها المتعه. و لو مات المحکوم علیه فللحاکم

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸، ص: ۱۴۵ح۱۰۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۱۹ح۶

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۵۸ح۴۲

الحكم و لو مات أحد الزّوجين مع تفويض البضع قبل الدّخول فلا شی ء من المتعه و المهر, لا الميراث .

(و هنا مسائل عشر)

الصداق يملک بالعقد

(الاولی: الصداق يملک) باجمعه للزوجه (بالعقد)

كما هو مقتضی العقد , لكنه ملك متزلزل , و يستقر بأحد أمور أربعه الدخول و رده الزوج عن فطره و موته و موتها كما تقدم ,خلافا للخلاف.

(و لها التصرف فيه قبل القبض)

بمقتضى مالكيتها له و لا مدخليه للقبض هنا فی الملک سواء طلقها قبل الدخول أم لا و إن رجع إليه نصفه بالطلاق.

(فلو نما) بعد العقد (كان) النماء (لها)

كما هو مقتضی القاعده لانها هی المالكه, و يدلّ عليه ايضا موثق عبيد بن زراره «قلت لأبی عبد اللّه (عليه السلام): رجل تزوّج امرأه على مائه شاه ثمّ ساق إليها الغنم، ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها، و قد ولدت الغنم، قال: إن كانت الغنم حملت عنده

رجع بنصفها و نصف أولادها و إن لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها و لم يرجع من الأولاد بشی ء»(۱) قلت: و لوحملت عنده رجع بنصفها و نصف أولادها و ذلک لانه حیث کان الحمل موجودا عند العقد فکان الحمل جزءا من المهر و لذا یرجع بنصفه بالطلاق قبل الدخول .

و یعارضه صحیح أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن رجل تزوّج امرأه علی بستان له معروف و له غلّه کثیره، ثمّ مکث سنین لم یدخل بها، ثمّ طلّقها؟ قال: ینظر إلی ما صار إلیه من غلّه البستان من یوم تزوّجها فیعطیها نصفه و یعطیها نصف البستان، إلّا أن تعفو فتقبل منه و یصطلحا علی شی ء ترضی به منه فإنّه أقرب للتقوی»(۲) الظاهر فی کون النماء مشترکا بینهما.

و جمع بینهما القاضی بإنّ مورد الأوّل تسلیم الصداق الذی له نماء، و مورد الثانی عدم تسلیمه، فقال: «إذا وقع العقد علی شی ء معیّن من ذوات غلّه أو نتاج ثمّ طلّق قبل التسلیم أعطاها نصفه و نصف غلّه و نتاج، و لو کانت غنما حوامل، ثمّ ساقها، ردّت النصف من الغنم و الأولاد و ان کانت حملت عندها ردّ نصف الأمّهات».

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۷ح۴-۵

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۳۱

و فيه: انه جمع تبرعی لا شاهد له مضافا الی عدم الفرق شرعا بين التسليم و عدمه لانه ملكها علی كلا التقديرين , و مقتضی التعارض تساقطهما و الرجوع الی ما تقتضيه القاعده من كون النماء لها .

و اما ما فی صحيح علیّ بن جعفر، عن أخيه، عن أبيه عليهما السّلام «أنّ عليّا (عليه السلام) قال فی الرّجل يتزوّج المرأه علی وصيف فكبر عندها فيريد أن يطلّقها قبل أن يدخل بها، قال: عليه نصف قيمه يوم دفعه إليها لا ينظر فی زياده و لا نقصان»(۱). و ظاهره أنّ الزّياده للرّجل وهو كسابقه معارض للاول كما انه معارض للثانی و بالتساقط يرجع الی مقتضی القاعده من كون النماء لها .

(فإن تعقّبه طلاق قبل الدخول ملك الزّوج النصف حينئذ)

قال اللّه تعالی {وإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مٰا فَرَضْتُمْ}.

و فی صحيح الفضيل قال: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن رجل تزوّج امرأه بألف درهم فأعطاها عبدا له آبقا و بردا حبره بألف درهم الّتی أصدقها؟ فقال: إذا رضيت بالعبد و كانت قد عرفته فلا بأس إذا هی قبضت الثوب و رضيت بالعبد،

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۶۹ح۵۷

قلت: فإن طلّقها قبل أن يدخل بها، قال: لا مهر لها و تردّ عليه خمسمائه درهم و يكون العبد لها»(۱).

و فی خبر زراره، عن الباقر (علیه السلام) «فی رجل تزوّج امرأه علی سوره من کتاب اللّه ثمّ طلّقها قبل أن یدخل بها فبما یرجع علیها؟ قال: بنصف ما یعلم به مثل تلک السوره»(۲) و غیرهما.

(و یستحب لها العفو عن الجمیع)

لقوله تعالی {وأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوی} و المراد بالعفو إسقاط المهر بالهبه إن کان عینا و الإبراء و ما فی معناه من العفو و الإسقاط إن کان دینا.

و لمعتبر السّکونیّ، عن الصّادق (علیه السلام) «عن النّبیّ (صلی الله علیه و آله) أیّما امرأه تصدّقت علی زوجها بمهرها قبل أن یدخل بها إلّا کتب اللّه لها بکلّ دینار عتق رقبه قیل: یا رسول اللّه فکیف بالهبه بعد الدّخول؟ قال: إنّما ذلک من المودّه و الألفه»(۳).

(و لولیها الإجباری)

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۷ح۶
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۸۲ح۱۴
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۸۲ح۱۵

الذی بیده عقده النکاح أصاله و هو الأب و الجد له بالنسبه إلی الصغیره علی القول به و قد تقدم عدم ولایته (العفو عن البعض) أی بعض النصف الذی تستحقه بالطلاق قبل الدخول لأن عفو الولی مشروط بکون الطلاق قبل الدخول (لا الجمیع)

و یشهد لاصل جواز عفو الولی صحیح عن أبی بصیر، و بإسناد آخر عن سماعه جمیعا «عن الصّادق (علیه السلام) فی قوله تعالی {وإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِیضَهً فَنِصْفُ مٰا فَرَضْتُمْ إِلّٰا أَنْ یَعْفُونَ أَوْ یَعْفُوَا الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکٰاحِ} قال: هو الأب أو الأخ أو الرّجل یوصی إلیه و الذی یجوز أمره فی مال المرأه فیبتاع لها فتجیز فإذا عفا فقد جاز»(۱)و مثله صحیح الحلبی(۲).

و رواهما الفقیه ثمّ قال: «و فی خبر آخر: یأخذ بعضا و یدع بعضا، و لیس له أن یدع کلّه»(۳).

اقول: و هما ظاهران بان من بیده عقده النکاح له ان یعفو عن الکل و ان مادل علی البعض فقد نسبه الفقیه الی الروایه و هذا آیه ضعفه.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۶ح۲
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۶ح۳
۳- من لا یحضره الفقیه، ج۳، ص۵۰۷

و يؤيد ذلك عده روايات رواها العيّاشىّ فى تفسيره منها: «عن زراره، و حمران، و محمّد بن مسلم جميعا عن الباقر و الصّادق عليهما السّلام فى قوله تعالى {إِلّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكاحِ} قال: هو الذى يعفو عن بعض الصّداق أو يحطّون عنه بعضه أو كلّه»(۱).

و منها «عن إسحاق بن عمّار، عن الصّادق (عليه السلام): سألته عن قوله تعالى {إِلّا أَنْ يَعْفُونَ} قال: المرأه تعفو عن نصف الصّداق، قلت {أَوْ يَعْفُوَا الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكاحِ} قال: أبوها إذا عفا جاز له، و أخوها إذا كان يقيم بها و هو القائم عليها فهو بمنزله الأب يجوز له، و إذا كان الأخ لا يهتمّ بها و لا يقوم عليها لم يجز عليها أمره»(۲) و لا يخفى ان المراد من الاخ: الاخ الذى هو قيّم عليها بالقيمومه الحسبيه كما تقدم الكلام عن اولياء العقد فى كتاب البيع.

حصيله البحث:

الصّداق يملك بأجمعه بالعقد و لها التّصرّف فيه قبل القبض، فلو نما كان لها، فإن تعقّبه طلاقٌ قبل الدّخول ملك الزّوج النّصف حينئذٍ، و يستحبّ لها العفو عن الجميع و لوليّها الإجبارىّ العفو عن البعض بل الجميع.

۱- تفسير العيّاشى (فى ۷۶)، ج۱، ص ۱۲۵

۲- العيّاشى (فى تفسيره ۷۶)، ج۱، ص۱۲۶

لو دخل قبل دفع المهر كان دينا عليه

(الثانيه: لو دخل قبل دفع المهر كان دينا عليه)

بل حتى قبل الدخول لما تقدم من انها تملكه بالعقد و لقوله تعالى {وآتُوا النِّساءَ صَدُقاتِهِنَّ نِحْلَه}(۱).

(و ان طالت المدّه)

لأصاله عدم السقوط و لصحيح عبد الحميد بن عوّاض: قلت: لأبى عبد اللّه (عليه السلام): «أتزوّج المرأه أ يصلح لى أن أواقعها و لم أنقدها من مهرها شيئا؟ قال: نعم إنما هو دين عليك»(۲) و غيره من النصوص الداله على ان المهر يبقى فى ذمه الزوج دينا.

و اما ما فى موثق عبيد بن زراره، عن الصّادق (عليه السلام) «دخول الرّجل على المرأه يهدم العاجل»(۳) و مثله غيره(۴) , فليس المراد منه ان الدخول يسقط عاجل المهر بل المراد ليس لها المطالبه عاجلا- بان تمتنع من التمكين حتى يعطيها مهرها و عليه فبالدخول يسقط طلب إعطائها للمهر عاجلا و هذا معنى قوله «فقد هدم العاجل».

۱- النساء -۴

۲- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۲۵۶باب۸ح۲

۳- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۲۵۶ح۴

۴- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۲۵۶ح۶

و اما موثق غیاث بن إبراهیم، عن الصّادق (علیه السلام) «فی الرّجل یتزوّج بعاجل و آجل قال: الآجل إلی موت أو فرقه»(۱) فالظاهر أنّ المراد بقوله «الآجل إلی موت أو فرقه» أنّ الأجل فی المهر لیس مثل الأجل فی بیع النسیه فی اشتراط تعیین المدّه بل یجوز أن یکون الأجل الموت و الفرقه , و یکون المراد بهذه الأخبار أنّ المهر ما لم یشترط فیه الأجل یکون عاجلا یجوز للمرأه مطالبتها نقدا و عدم تسلیم نفسها إلّا بعد أخذه، لکن لو سلّمت نفسها مرّه یسقط حقّها فی عدم التسلیم إلّا بعد قبض المهر.

و أمّا خبر زید بن علیّ، عن آبائه، عن علیّ علیهم السّلام: «إنّ امرأه أتته و رجل قد تزوّجها و دخل بها و سمّی لها مهرا و سمّی لمهرها أجلا فقال له علیّ (علیه السلام): لا أجل لک فی مهرها، إذا دخلت بها فأدّ إلیها حقّها»(۲) الظاهر فی عدم صحه کون المهر مؤجلا، فخبر شاذ حسب أغلب أخبار زید.

و اما صحیح الفضیل، عن الباقر (علیه السلام) «فی رجل تزوّج امرأه و دخل بها و أولدها ثمّ مات عنها، فادّعت شیئا من صداقها علی ورثه زوجها فجاءت تطلبه منهم و تطلب المیراث، فقال: أمّا المیراث فلها أن تطلبه، و أمّا الصداق فالّذی أخذت من الزوج قبل أن یدخل بها، هو الذی حلّ للزوج به فرجها قلیلا کان أو کثیرا إذا هی

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۲۵۶ح۳

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۲۵۰ح۱۱

قبضته منه و قبلت و دخلت عليه و لا شى ء لها بعد ذلك»(۱) فالمفهوم منه انه لا يقبل قولها إذا سلّمت نفسها و ادّعت عدم وصول مهرها و انها مدعيه و عليها الاثبات, لا ان مهرها يسقط بالدخول.

و صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج قال: سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن الزوج و المرأه يهلكان جميعا فيأتى ورثه المرأه فيدّعون على ورثه الرّجل الصّداق، فقال: و قد هلكا و قسم الميراث؟ فقلت: نعم، فقال: ليس لهم شى ء، قلت: و إن كانت المرأه حيّه فجاءت بعد موت زوجها تدّعى صداقها فقال: لا شى ء لها و قد أقامت معه مقرّه حتّى هلك زوجها، فقلت: فإن ماتت و هو حىّ فجاءت ورثتها يطالبونه بصداقها، فقال: و قد أقامت معه حتّى ماتت لا تطلبه؟ فقلت: نعم، قال: لا شى ء لهم، قلت: فإن طلّقها فجاءت تطلب صداقها، قال: و قد أقامت لا تطلبه حتّى طلّقها لا شى ء لها، قلت: فمتى حد ذلك الذى إذا طلبته كان لها؟ قال: إذا أهديت إليه و دخلت بيته، ثم طلبت بعد ذلك فلا شى ء لها إنّه كثير لها أن يستحلف باللّه مالها قبله من صداقها قليل و لا كثير»(۲) و المفهوم منه ان المرأه إذا سلّمت نفسها و ادّعت عدم وصول مهرها لا يقبل قولها، و ليس لها على الزوج إلّا حقّ يمين ببقائه.

۱- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۲۶۰ح۱۳

۲- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۲۵۷ح۸

و اما خبر الحسن بن زياد، عن الصّادق (عليه السلام): «إذا دخل الرّجل بامرأته، ثمّ ادّعت المهر، و قال: أعطيتك فعليها البيّنه و عليه اليمين»(۱) فالمراد به انه عليها البيّنه على بقاء المهر عند الزّوج.

و هذا المعنى هو المراد من مرسله الاحتجاج عن محمّد بن عبد اللّه بن جعفر الحميرى عن الحجّه (عليه السلام) «كتب إليه: اختلف أصحابنا فى مهر المرأه، فقال بعضهم: إذا دخل بها سقط عنه المهر و لا شى ء عليه، و قال بعضهم: هو لازم فى الدّنيا و الآخره، فكيف ذلك؟ و ما الذى يجب فيه؟ فأجاب (عليه السلام): إن كان عليه بالمهر كتاب فيه ذكر دين فهو لازم له فى الدّنيا و الآخره، و إن كان عليه كتاب فيه اسم الصّداق، سقط إذا دخل بها، و إن لم يكن عليه كتاب فإذا دخل بها سقط باقى الصداق»(۲).

و بالجمله فادّعاء المهر كلّه أو بعضه يحتاج إلى البيّنه، أو كتاب دين عليه كقرينه قطعيه.

و مثله خبر الحسن بن عليّ بن كيسان قال: «كتبت إلى الصّادق (عليه السلام) أسأله عن رجل يطلّق امرأته فطلبت منه المهر، و روى أصحابنا إذا دخل بها لم يكن لها

۱- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۲۵۷ح۷
۲- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۲۶۱ح۱۵

مهر، فكتب (عليه السلام): لا مهر لها»(۱) و هو محمول على أنّه لا مهر لها ظاهرا بعد عدم بيّنه لها على البقاء.

و بالجمله فهذه الاخبار مع ضعفها سندا لا دلاله فيها على سقوط المهر بالدخول و الّا كانت مخالفه للكتاب العزيز {وآتُوا النِّسٰاءَ صَدُقٰاتِهِنَّ نِحْلَه}(۲) و تسقط عن الحجيه.

(و الدخول) الموجب للمهر تاما (هو الوطء)

المتحقق بغيبوبه الحشفه أو ما يصدق عليه التقاء الختانين من مقطوعها بالادخال شيئا ما (قبلا) و هو القدر المتيقن (أو دبرا) عند المصنف و قد تقدم الاشكال فيه فى كتاب الطهاره.

(لا مجرد الخلوه)

بالمرأه و إرخاء الستر على وجه ينتفى معه المانع من الوطء كما تقدم من ان ظاهر الايه يدل على لزوم الدخول و يدل على ذلك:

صحيح عبد اللّه بن سنان، عنه (عليه السلام): «سأله أبى - و أنا حاضر - عن رجل تزوّج امرأه فأدخلت عليه فلم يمسّها و لم يصل إليها حتّى طلّقها هل عليها عدّه منه؟

۱- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۲۶۱ح۱۶

۲- النساء -۴-

فقال: إنّما العدّه من الماء، قيل له: فإن كان واقعها فی الفرج و لم ينزل؟ قال: إذا أدخله وجب عليه الغسل و المهر و العدّه»(۱).

و موثق يونس بن يعقوب، عن الصّادق (عليه السلام): سألته عن رجل تزوّج امرأه و أغلق بابا و أرخی سترا و لمس و قبّل، ثمّ طلّقها أ يوجب عليه الصّداق؟ قال: لا يوجب عليه الصداق إلّا الوقاع»(۲).

و صحيحه الاخر قال: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن رجلٍ تزوّج امرأهً فأدخلت عليه فأغلق الباب و أرخی السّتر و قبّلو لمس من غير أن يكون وصل إليها ثمّ طلّقها علی تلك الحال قال ليس عليه إلّا نصف المهر»(۳).

و يدلّ علی عدم الأثر للخلوه صحيح زراره، عن الباقر (عليه السلام): سألته عن رجل تزوّج جاريه لم تدرك لا يجامع مثلها أو تزوّج رتقاء فأدخلت عليه فطلّقها ساعه أدخلت عليه، قال: هاتان ينظر إليهنّ من يوثق به من النساء، فإن كنّ كما دخلن عليه فإنّ لها نصف الصداق- الخبر»(۴)

ص:۲۸۴

۱- الکافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۰۹ح۶

۲- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۳۲۲ باب ۵۵ح۱

۳- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۳۲۲ باب ۵۵ح۱

۴- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۶۵ح۷۴

و اما ما فی صحیح الحلبی عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) قال: «سألته عن الرّجل یطلّق المرأه و قد مسّ کلّ شی ءٍ منها إلّا أنّه لم یجامعها ألها عدّهٌ فقال ابتلی أبو جعفرٍ ع بذلک فقال له أبوه علیّ بن الحسین (علیه السلام) إذا أغلق باباً و أرخی ستراً وجب المهر و العدّه»(۱).

فنقل الکلینی عن ابن ابی عمیر فی توجیهه انه قال: اختلف الحدیث فی أنّ لها المهر کملًا و بعضهم قالنصف المهر و إنّما معنی ذلک أنّ الوالی إنّما یحکم بالظّاهر إذا أغلق الباب و أرخی السّتر وجب المهر و إنّما هذا علیها إذا علمت أنّه لم یمسّها فلیس لها فیما بینها و بین اللّه إلّا نصف المهر.

اقول: و یشهد علی صحه هذا الحمل انه لا عده علی غیر المدخول بها بنص القران فقرینه هذا الحمل قوله (علیه السلام) «وجب المهر و العدّه» و علیه فالخلوه و ارخاء الستر کاشف واماره عن تحقق الدخول لو ادعته, و علی هذا المعنی یحمل خبر زراره(۲) و موثق إسحاق بن عمّارٍ عن جعفرٍ عن أبیه عن علیٍّ (علیه السلام) «أنّه کان یقول من أجاف من الرّجال علی أهله باباً أو أرخی ستراً فقد وجب علیه الصّداق»(۳).

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۳۲۲ باب ۵۵ح۱

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۳۲۲ باب ۵۵ح۱

۳- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۳۲۲ باب ۵۵ح۱

لکن لاینطبق هـذا الحمل علی ما فی موثق محمّـد بن مسـلمٍ عن أبی جعفرٍ (علیه السـلام) قال: سألته عن المهر متی یجب قال إذا أرخیت السّـتور و أجیـف البـاب و قـال إنّی تزوّجت امرأةً فی حیـاه أبی علیّ بن الحسـین (علیه السـلام) و إنّ نفسـی تـاقت إلیها فـذهبت إلیهـا فنهانی أبی و قال لا تفعل یا بنیّ لا تأتها فی هـذه السّاعه و إنّی أبیت إلّا أن أفعل فلمّا أن دخلت علیها قـذفت إلیها بکساءٍ کان علیّ و کرهتها و ذهبت لأخرج فقامت مولاهٌ لها فأرخت السّتر و أجافت الباب فقلت مه قـد وجب الّـذی تریدین»(۱) فانه ظاهر فی کفایه ارخاء الستر.

و فیه: اولاـ انه معـارض بموثق زراره عن أبی جعفر (علیه السـلام) «أنّه أراد أن یتزوّج قال فکره ذلک أبی- فمضـیت و تزوّجتها حتّی إذا کان بعـد ذلک زرتها فنظرت فلم أر ما یعجبنی فقمت لأنصـرف فبادرتنی القائمه الباب لتغلقه فقلت لا تغلقیه لک الّذی تریـدین فلمّـا رجعت إلی أبی فـأخبرته بالأـمر کیـف کـان فقـال إنّه لیس لهـا علیـک إلّـا النّصف یعنی نصف المهر و قـال إنّک تزوّجتها فی ساعهٍ حارّه»(۲).

ص:۲۸۶

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۳۲۲ باب ۵۵ح۱

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۳۲۲ باب ۵۵ح۱

و ثانیا: انه محمول علی ان ذلک من باب المصالحه بدلیل موثق أبی بصیر قال: «تزوّج أبو جعفرٍ (علیه السلام) امرأهً فأغلق الباب فقال افتحوا و لکم ما سألتم فلمّا فتحوا صالحهم»(۱).

لکن قیل بالحمل علی التّقیّه بمعنی أنّه إذا أغلق الباب و أرخی الستر کان الحکم عند العامّه کذلک فقالوا: قال به عمر و ابنه و أنس و الزّهریّ و الأوزاعیّ و أبو حنیفه و أصحابه و الشّافعیّ فی قدیمه، و رووا «عن عمر أنّه قال: إذا أغلق الباب و أرخی السّتر فقد وجب المهر ما ذنبهنّ إن جاء العجز من قبلکم»(۲) و لا یمکنهم علیهم السّلام مخالفته، فکان الباقر (علیه السلام) لا یمکنه إعطاء النّصف.

قلت: مع التصریح بکون ذلک من باب المصالحه کما فی الموثق المتقدم یکون الحمل علی التقیه بلا شاهد.

حصیله البحث:

لو دخل قبل دفع المهر کان دیناً علیه و إن طالت المدّه بل حتی قبل الدخول، و الدّخول هو الوطء قبلًا لا دبراً و لا مجرّد الخلوه, و المهر اذا لم یشترط فیه الأجل یکون عاجلا یجوز للمرأه مطالبتها نقدا و عدم تسلیم نفسها إلّا بعد أخذه، لکن لو سلّمت نفسها مرّه یسقط حقّها فی عدم التسلیم إلّا بعد قبض المهر .

ص:۲۸۷

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۳۲۲ باب ۵۵ح۱

۲- النجعه ج۹ کتاب النکاح ص ۱۰۲ و۱۰۳

لو أبرأته من الصداق، ثمّ طلّقها قبل الدخول

(الثالثه: لو أبرأته من الصداق)

اقول: لقد تقدم فی كتاب الهبه ان الابراء لا يتوقف على القبول كما دلت على ذلك صحيحه معاويه بن عمار: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم فيهبها له، أله ان يرجع فيها؟ قال: لا»(۱) و عليه فقد يقال بكونه اسقاطا لا تمليكا لان التمليك يتوقف على القبول.

قلت: الذى دل عليه الدليل هو عدم توقفه على القبول لا ان حقيقته اسقاط للحق فانه خلاف فهم العرف فالعرف يفهم منه انه نوع تمليك و لذا جاء التعبير عنه فی الصحيحه المتقدمه بالهبه كما و انه وقع السؤال عن الرجوع فيها فهو فی الحقيقه هبه لكن مورده ما فی الذمه .

و عليه فاذا ملكت المرأه صداقها (ثمّ طلّقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه)

لأنه تلف بإبرائها نصفه حيث لا تستطيع الرجوع فيه فعليها ان ترجع نصفه له, و يؤيد ذلك خبر سماعه قال: «سألته عن رجل تزوّج جاريه أو تمتّع بها، ثمّ جعلته من صداقها فی حلّ أ يجوز له أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئا؟ قال: نعم إذا

۱- وسائل الشيعه ۱۳: ۳۳۲ الباب ۱ من أحكام الهبات الحديث ۱

جعلته فی حلّ فقد قبضته منه، فإن خلّاها قبل أن یدخل بها ردّت المرأه علی الزوج نصف الصداق»(۱).

نعم علی القول بکون الإبراء إسقاطا للحق لا تملیکا للمال فقیل: لیس له الرجوع فی صوره الإبراء لأنها لم تأخذ منه مالا و لا نقلت إلیه الصداق و علیه فلم تفوت علیه شیئا. و فیه: انه اسقاط للحق الثابت وهو نوع تفویت.

(وکذا) یرجع علیها بنصفه (لو خلعها به أجمع قبل الدخول)

لأنّه بعد کون الطّلاق قبل الدّخول سببا لتملّک الزّوج نصف الصّداق فعلیها ان ترجع نصفه الاخر له لاجل الخلع .

و یدل علی ذلک صحیح محمّد بن مسلم، عنه (علیه السلام): «سألته عن رجل تزوّج امرأه و أمهرها ألف درهم و دفعها إلیها فوهبت له خمسمائه درهم و ردّتها علیه، ثمّ طلّقها قبل أن یدخل بها، قال: تردّ علیه الخمسمائه درهم الباقیه لأنّها إنّما کانت لها خمسمائه درهم فهبتها له إیّاها و لغیره سواء»(۲) و غیره(۳).

حصیله البحث:

ص:۲۸۹

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۶۱ح۵۵
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۸ح۹
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۸ح۹

لو أبرأته من الصّداق ثمّ طلّقها قبل الدّخول رجع بنصفه و كذا لو خلّعها به أجمع قبل الدّخول.

يجوز اشتراط ما يوافق الشرع فی عقد النكاح

(الرابعه: يجوز اشتراط ما يوافق الشرع فی عقد النكاح فلو شرط ما يخالفه لغا الشرط)

كما فی موثق إسحاق بن عمّار، عن جعفر، عن أبيه عليهما السّلام «أنّ علىّ بن أبی طالب (عليه السلام) كان يقول: من شرط لامرأته شرطا فليف لها به، فإنّ المسلمين عند شروطهم إلّا شرط حرّم حلالا أو أحلّ حراما»(۱).

أمّا جواز اشتراط ما يوافق الشّرع فيشهد له صحيح علىّ بن رئاب، عن الكاظم (عليه السلام): «سئل و أنا حاضر عن رجل تزوّج امرأه على مائه دينار على أنّ تخرج معه إلى بلاده، فإن لم تخرج معه فإنّ مهرها خمسون دينارا إن أبت أن تخرج معه إلى بلاده، قال: فقال: إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشّرك فلا شرط له عليها فی ذلک و لها مائه دينار الّتی أصدقها إيّاها، و إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين و دار الإسلام فله ما اشترط عليها و المسلمون عند شروطهم، و ليس له أن يخرج بها

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۶۷ح ۸۰

إلی بلاده حتّی یؤدّی إلیها صداقها أو ترضی منه من ذلک بما رضیت و هو جائز له»(۱).

و صحیح أبی العبّاس، عن الصّادق (علیه السلام) «فی الرّجل یتزوّج المرأه و یشترط لها أن لا یخرجها من بلدها؟ قال:یفی لها بذلک- أو قال: یلزمه ذلک»(۲).

و صحیح ابن أبی عمیر، عن بعض أصحابنا، عن الصّادق (علیه السلام) «فی رجل یتزوّج المرأه فیشترط علیها أن یأتیها إذا شاء و ینفق علیها شیئا مسمّی، قال: لا بأس»(۳) و مثله خبر عبد الرّحمن بن أبی عبد اللّه(۴).

و لکن یعارضه خبر زراره: «سئل أبو جعفر (علیه السلام) عن المهاریه یشترط علیها عند عقده النّکاح أن یأتیها متی شاء کلّ شهر و کلّ جمعه یوما، و من النفقه کذا و کذا قال: لیس ذلک الشّرط بشیء، و من تزوّج امرأه فلها ما للمرأه من النّفقه و القسمه و لکنّه إذا تزوّج امرأه فخافت منه نشوزا أو خافت أن یتزوّج علیها أو

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۴ح۹

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۲ح۱

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۷۰ح۶۴

۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۲ح۱

یطلّقها فصالحته من حقّها علی شی ء من نفقتها أو قسمتها فإنّ ذلک جائز لا بأس به»(۱) الدال علی عدم صحه الشرط.

و مثله خبره الاخرفقال: «کان النّاس بالبصره یتزوّجون سرّا فیشترط علیها أن لا آتیک إلّا نهارا و لا آتیک باللّیل و لا اقسم لک, قال زراره: و کنت أخاف أن یکون هذا تزویجا فاسدا فسألت أبا جعفر (علیه السلام) عن ذلک، فقال: لا بأس به یعنی التزویج إلّا أنّه ینبغی أن یکون هذا الشّرط بعد النکاح و لو أنّها قالت له بعد هذه الشّروط قبل التزویج: نعم، ثمّ قالت بعد ما تزوّجها: إنّی لا أرضی إلّا أن تقسم لی و تبیت عندی فلم یفعل کان آثما»(۲).

اقول: لکنهما ضعیفان سندا و لا یعارضان ما تقدم لانه هو المعروف بین الاصحاب فقال محمّد بن ابی عمیر: «قلت لجمیل: فرجل تزوّج امرأه و شرط لها المقام بها فی أهلها أو بلد معلوم، فقال:قد روی أصحابنا عنهم علیهم السّلام أنّ ذلک لها و أنّه لا یخرجها إذا شرط ذلک لها»(۳).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۳ح۴ و المهیره علی وزن فعیله کما فی الصحاح بمعنی مفعوله بنت حره تنکح بمهر و الجمع مهیرات و المهاری و فی بعض النسخ (النهاریه) کما فی التّهذیب ج ۷، ص: ۳۷۲ح۶۸ .

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۷۴ح۷۳

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۷۳

و اما صحيح محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السّلام «فى الرّجل يقول لعبده: أعتقك على أن أزوّجك ابنتى فإن تزوّجت أو تسرّيت عليها فعليك مائه دينار، فأعتقه على ذلك و تسرّى أو تزوّج؟ قال: عليه شرطه»(۱) فهو شرط فى التوافق على العتق و لا علاقه له بالشرط فى ضمن عقد النكاح و هو لازم لعموم المؤمنون عند شروطهم.

(كاشتراط أن لا يتزوّج عليها أو لا يتسرى)

و أمّا عدم جواز اشتراط المخالف فتدل عليه عده روايات منها صحيح محمّد بن قيس، عن الباقر (عليه السلام) «أنّه قضى فى رجل تزوّج امرأه و أصدقته هى و اشترطت عليه أنّ بيدها الجماع و الطلاق؟ قال: خالفت السّنّه و وليت حقّا ليست بأهله، فقضى أنّ عليه الصّداق و بيده الجماع و الطّلاق و ذلك السّنّه»(۲).

و صحيح ابن سنان، عن الصّادق (عليه السلام) «فى رجل قال لامرأته: إن نكحت عليك أو تسرّيت فهى طالق، قال: ليس ذلك بشى ء، إنّ النّبىّ (صلى الله عليه و آله) قال: من اشترط شرطا سوى كتاب اللّه فلا يجوز ذلك له و لا عليه»(۳).

ص:۲۹۳

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۰۲ح۵

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۲۵

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۷۳ح۷۳

و فی صحیح محمّد بن قیس، عن الباقر (علیه السلام) قال: «فی الرّجل یتزوّج المرأه إلی أجل مسمّی، فإن جاء بصداقها إلی أجل مسمّی فهی امرأته، و إن لم یأت بصداقها إلی الأجل فلیس له علیها سبیل و ذلک شرطهم بینهم حین أنکحوه، فقضی للرّجل أنّ بیده بضع امرأته و أحبط شرطهم»(۱).

و خبر زراره «أنّ ضریسا کانت تحته بنت حمران فجعل لها أن لا یتزوّج علیها و أن لا یتسرّی أبدا فی حیاتها و لا بعد موتها علی أن جعلت له هی أن لا تتزوّج بعده، و جعلا علیهما من الهدی و الحجّ و البدن و کل مالهما فی المساکین إن لم یف کلّ واحد منهما لصاحبه، ثمّ إنّه أتی أبا عبد اللّه (علیه السلام) فذکر ذلک له، فقال: إنّ لابنه حمران لحقّا و لن یحملنا ذلک علی أن لا نقول لک الحقّ اذهب و تزوّج و تسرّ فإنّ ذلک لیس بشی ء، و لیس شی ء علیک و لا علیها، و لیس ذلک الذی صنعتما بشی ء، فجاء فتسرّی و ولد له بعد ذلک أولاد»(۲) وغیرها.

و أمّا موثق منصور بن بزرج قال: «قلت لأبی الحسن موسی (علیه السلام) و أنا قائم: جعلنی اللّه فداک إنّ شریکا لی کانت تحته امرأه فطلّقها فبانت منه فأراد مراجعتها، و قالت المرأه:لا و اللّه لا أتزوّجک أبدا حتّی تجعل للّه لی علیک إلّا تطلّقنی و لا تزوّج علیّ، قال: و فعل؟ قلت: نعم قد فعل جعلنی اللّه فداک، قال: بئس ما صنع و ما کان یدریه ما وقع فی قلبه فی جوف اللّیل و النّهار، ثمّ قال: أمّا الآن فقل له:

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۲

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۳ح۶

فليتمّ للمرأه شرطها فإنّ النّبيّ (صلى الله عليه و آله) قال: المسلمون عند شروطهم، قلت: جعلت فداك إنّى أشكّ فى حرف، فقال: إنّ عمران يمرّ بك أ ليس هو معك بالمدينه، فقلت: بلى، قال: فقل له: فليكتبها و ليبعث بها إلىّ فجاءنا عمران بعد ذلك فكتبناها له و لم يكن فيها زياده و لا نقصان، فرجع بعد ذلك فلقينى فى سوق الحنّاطين فحكّ منكبه بمنكبى فقال: يقرئك السّلام و يقول لك: قل للرّجل يفى بشرطه»(۱) الدال على صحه شرط عدم التزوج والطلاق فقد رواه الشيخ التّهذيب و حمله تاره على أنّ المراد به النذر لقوله فيه «إلّا أن يجعل للّه عليه أن لا يطلّق» و حمله ايضا على الاستحباب و أخرى على التّقيّه(۲).

قلت: صدر الروايه ظاهر فى النذر لكن ذيلها ظاهر فى الشرط ولا شرط فى البين للمرأه غير النذر لله لا لها ومع هذا التهافت بين الصدر و الذيل كيف يحصل الوثوق بها مضافا الى معارضتها مع ما تقدم .

و اما موثق منصور بن حازم، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن امرأه حلفت لزوجها بالعتاق و الهدى إن هو مات لا تتزوّج بعده أبدا ثمّ بدا لها أن تتزوّج قال: تبيع مملوكها إنّى أخاف عليها السّلطان و ليس عليها فى الحقّ شى ء فإن شاءت أن تهدى هديا فعلت»(۳) فآثار التقيه فيه واضحه فانه لا أثر لحلفه عندنا فإنّ الحلف إنّما

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۰۴ح۸

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۷۱ح۶۶

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۷۲ح۶۷

باللّه تعالی و هو حلف بالعتاق و الهدی، و هو عند العامّه ذو أثر، و لذا قال (علیه السلام): «أخاف علیها السّلطان».

و أمّا ما قیل: من عدم صحّه شرط عدم الوطی، فیرده صحیح إسحاق بن عمّار، عنه (علیه السلام):قلت له رجل: تزوّج بجاریه عاتق علی أن لا یفتضّها ثمّ أذنت له بعد ذلک، قال: إذا أذنت له فلا بأس»(1).

و صحیح عمّار بن مروان عن الصّادق (علیه السلام): «قلت له: رجل جاء إلی امرأه فسألها أن تزوّجه نفسها فقالت: أزوّجک نفسی علی أن تلتمس منّی ما شئت من نظر أو التماس و تنال منّی ما ینال الرّجل من أهله إلّا أنّک لا تدخل فرجک فی فرجی و تلذّذ بما شئت، فإنّی أخاف الفضیحه، قال: لیس له منها إلّا ما اشترط»(2) وبه عمل الکافی.

و من الصحیح الاول یعلم انه یجوز الوطء لو تنازلت عن شرطها مضافا الی ان ما اشترطته کان حقا لها لا علیها، و من حق کل صاحب حق التنازل عن حقه.

(و لو شرط إبقاءها فی بلدها لزم)

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۶۶ والتهذیب ج ۷، ص: ۳۶۹ح۵۹ والعاتق الجاریه الشابه أول ما أدرکت. (الصحاح)
۲- الکافی ج ۵، ص: ۴۶۷ح۹ و رواه التهذیب ج ۷، ص: ۳۶۹ح۵۸ عن سماعه.

كما دل على ذلک صحیح علیّ بن رئاب، عن الکاظم (علیه السلام): «سئل و أنا حاضر عن رجل تزوّج امرأه علی مائه دینار علی أنّ تخرج معه إلی بلاده، فإن لم تخرج معه فإنّ مهرها خمسون دینارا إن أبت أن تخرج معه إلی بلاده، قال: فقال: إن أراد أن یخرج بها إلی بلاد الشّرک فلا شرط له علیها فی ذلک و لها مائه دینار الّتی أصدقها إیّاها، و إن أراد أن یخرج بها إلی بلاد المسلمین و دار الإسلام فله ما اشترط علیها و المسلمون عند شروطهم، و لیس له أن یخرج بها إلی بلاده حتّی یؤدّی إلیها صداقها أو ترضی منه من ذلک بما رضیت و هو جائز له»(۱).

و صحیح أبی العبّاس، عن الصّادق (علیه السلام) «فی الرّجل یتزوّج المرأه و یشترط لها أن لا یخرجها من بلدها؟ قال:یفی لها بذلک- أو قال: یلزمه ذلک»(۲).

حصیله البحث:

یجوز اشتراط ما یوافق الشّرع فی عقد النّکاح، فلو شرط ما یخالف لغی الشّرط و صحّ العقد کاشتراط أن لا یتزوّج علیها أو لا یتسرّی، و لو شرط إبقاءها فی بلدها لزم و کذا فی منزلها و یصح لها ان تشترط عدم الوطی.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۴ح۹

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۲ح۱

لو أصدقها تعليم صناعه ثم طلقها قبل الدخول

(الخامسه: لو أصدقها تعليم صناعه ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف اجره التعليم)

لعدم إمكان تعليمها نصف الصنعه و هو الواجب لها بالطلاق خاصه و يؤيد ذلك خبر زراره، عن الباقر (عليه السلام) «فی رجل تزوّج امرأه علی سوره من کتاب اللّه ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها فبما يرجع عليها، قال: بنصف ما يعلّم به مثل تلك السوره»(۱).

(و لو كان قد علمها) الصنعه (رجع بنصف الأجره)

لعدم إمكان ارتجاع نفس الواجب فيرجع إلى عوضه.

(و لو كان) الصداق (تعليم سوره) و نحوها (فكذلك)

كان لها نصف اجره التعليم, و قيل فی وجهه: انه و إن أمكن تعليم نصفها عقلا إلّا أنه ممتنع شرعا لأنها صارت أجنبيه. و فيه: انه ممكن شرعا و لا محذور فيه.

ص:۲۹۸

۱- الکافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۸۲ح۱۴

(و) لذا (قيل: يعلمها النصف من وراء حجاب) كما يعلمها الواجب (و هو قريب) اذ لا محذور فيه.

حصيله البحث:

لو أصدقها تعليم صنعةٍ ثمّ طلّقها قبل الدّخول كان لها نصف أجره التّعليم، و لو كان قد علّمها رجع بنصف الأجره، و لو كان تعليم سورهٍوجب عليه ان يعلّمها النّصف.

لو اعتاضت عن المهر بدونه أو أزيد منه ثم طلقها

(السادسه: لو اعتاضت عن المهر بدونه أو أزيد منه ثم طلقها رجع بنصف المسمّى) لأنه الواجب بالطلاق (لا) بنصف (العوض) لأنه معاوضه جديده لا تعلق له بها.

و يشهد لذلك ايضا صحيح الفضيل، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن رجل تزوّج امرأه بألف درهم فأعطاها عبدا له آبقا و بردا حبره بألف درهم الّتى أصدقها، فقال: إذا رضيت بالعبد و كانت قد عرفته فلا بأس إذا هى قبضت الثّوب و رضيت

بالعبد، قلت: فإن طلّقها قبل أن يدخل بها؟ قال: لا مهر لها، و تردّ عليه خمسمائه درهم، و يكون العبد لها»(۱).

و أمّا خبر ابن أبی یعفور، عن الصّادق (علیه السلام):«سألته عن رجل تزوّج امرأه و جعل صداقها أباها علی أن تردّ علیه ألف درهم، ثمّ طلّقها قبل أن یدخل بها ما ینبغی لها أن تردّ علیه، و إنّما لها نصف المهر و أبوها شیخ قیمته خمسمائه درهم و هو یقول: لو لا أنتم لم أبعه بثلاثه آلاف درهم، فقال: لا ینظر فی قوله، و لا تردّ علیه شیئا»(۲).

و مثله خبر عبید بن زراره، عنه (علیه السلام) فی رجل تزوّج امرأه و أمهرها أباها و قیمه أبیها خمسمائه درهم علی أن تعطیه ألف درهم، ثمّ طلّقها قبل أن یدخل بها قال: لیس علیها شی ء»(۳) فمضافا لضعفهما سندا لا یخلوان من اجمال و الظّاهر أنّ المراد أنّه لمّا جعل مهرها أباها و جعل قیمته ثلاثه آلاف مع أنّ قیمته العادله خمسمائه فقبلت و أخذت أباها و أعطته الألف ثمّ طلّقها قبل الدخول لیس علیها شی ء و إن کان الواجب ردّ الزّوجه النّصف إذا قبضت المهر لکن هنا لیس علیها شی ء لأنّه أعطاها ما قیمته نصف الألف و أخذ منها الألف.

ص:۳۰۰

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۷ح۶
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۷ح۷
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۷ح۱۰

حصیله البحث:

لو اعتاضت عن المهر بدونه أو أزید منه ثمّ طلّقها رجع بنصف المسمّی لا العوض.

لو وهبته نصف مهرها مشاعا قبل الدخول

(السابعه: لو وهبته نصف مهرها مشاعا قبل الدخول فله الباقی)

قال الشهید الثانی: «لأنه بقدر حقه فینحصر فیه و لأنه لا ینتقل مستحق العین إلی بدلها إلّا بالتراضی أو تعذر الرجوع لمانع أو تلف و الکل منتف و یحتمل الرجوع إلی نصف النصف الموجود و بدل نصف الموهوب لأن الهبه وردت علی مطلق النصف فیشیع فیکون حقه فی الباقی و التالف فیرجع بنصفه و ببدل الذاهب و یکون هذا هو المانع و هو أحد الثلاثه المسوغه للانتقال إلی البدل و رد بأنه یؤدی إلی الضرر بتبعیض حقه فیلزم ثبوت احتمال آخر و هو تخییره بین أخذ النصف الموجود و بین التشطیر المذکور»(۱).

و فیه: ان الحکم الشرعی اذا کان فی تبعیض حقه فحقه مبعض و لا تشمله قاعده اللاضرر و علیه فالصحیح انه یرجع بنصف الباقی و بنصف بدل الذاهب.

ص:۳۰۱

۱- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (المحشی - سلطان العلماء)؛ ج ۲، ص: ۱۲۱

(و لو كان) الموهوب (معيّنا فله نصف الباقى و نصف ما وهبته مثلا أو قيمه)

لأن حقه مشاع فى جميع العين و قـد ذهب نصـفها معينا فيرجع إلى بـدله من المثل او القيمه حسب مشـهور المتاخرين و قد تقدم ان الاقوى الرجوع الى القيمه مطلقا.

نعم لاـ يتفاوت الحال اذا كان المهر من النقـدين كما فى صـحيح محمّـد بن مسـلم، عن الصّادق (عليه السـلام) «عن رجل تزوّج امرأه فأمهرهـا ألـف درهم و دفعهـا إليهـا فوهبت له خمسـمائه درهم و ردّتهـا عليه ثمّ طلّقهـا قبـل أن يـدخل بهـا، قـال: تردّ عليه الخمسمائه درهم الباقيه لأنّها إنّما كانت لها خمسمائه درهم فهبتها له إيّاها و لغيره سواء»(۱).

(و كذا لو تزوجها بعبدين فمات أحدهما أو باعته فللزوج نصف الباقى و نصف قيمه التالف)

لأنه تلف على ملكها و استحقاقه لنصفه تجدد بالطلاق من غير اعتبار الموجود و غيره و التقريب ما تقدم.

و اما ما فى المرفوع عن إسـحاق بن عمّار عن أبى الحسن الأوّل (عليه السـلام) «فى رجلٍ تزوّج امرأةً على عبـدٍ و امرأته فساقهما إليها فماتت امرأه العبد عند المرأه ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها قال إن كان قوّمها عليها يوم تزوّجها فإنّه يقوّم العبد الباقى

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۰۷ح۹

بقیمته ثمّ ینظر ما بقی من القیمه الّتی تزوّجها علیها فتردّ المرأه علی الزّوج ثمّ یعطیها الزّوج النّصف ممّا صار إلیه»(۱) الدال علی اعطاء نصف قیمتهما فمورده ما لو قوّم المملوکین و جعل المهر قیمتهما و لو لم یقوّم فمقتضی القاعده ما قاله المصنف.

حصیله البحث:

لو وهبته نصف مهرها مشاعاً قبل الدّخول فله الباقی، و لو کان معیّناً فله نصف الباقی و نصف ما وهبت قیمهً، و کذا لو تزوّجها بعبدین فمات أحدهما أو باعته فللزّوج نصف الباقی و نصف قیمه التّالف.

للزوجه الامتناع قبل الدخول حتی تقبض مهرها

(الثامنه: للزوجه الامتناع قبل الدخول حتی تقبض مهرها ان کان المهر حالا)

لأن النکاح فی معنی المعاوضه و إن لم تکن محضه و من حکمها أنه لو لم یسلم احدهما الاخر حق للثانی عدم التسلیم بمقتضی الشرط الارتکازی, و علیه فهذا الحکم لا یختلف سواءً کان موسرا ام معسرا بمقتضی الشرط الارتکازی.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۸ح۱۲

و احترز بالحال عما لو کان مؤجلا فإن تمکینها لا یتوقف علی قبضه إذ لا یجب لها حینئذ شی ء فیبقی وجوب حقه علیها بغیر معارض.

هذا و لو أقدمت علی فعل المحرم و امتنعت إلی أن حل الأجل فلا یجوز لها الامتناع و ذلک لوجوب تمکینها قبل حلوله فیستصحب .

(و لیس لها بعد الدخول الامتناع فی أصح القولین)

لانتفاء الشرط الارتکازی بینهما و یدل علی ذلک ایضا موثق عبید بن زراره، عن الصّادق (علیه السلام) «دخول الرّجل علی المرأه یهدم العاجل»(۱) ومثله غیره(۲) , و لیس المراد منه ان الدخول یسقط عاجل المهر بل المراد لیس لها المطالبه عاجلا بان تمتنع من التمکین حتی یعطیها مهرها وعلیه فبالدخول یسقط طلب إعطائها للمهر عاجلا و هذا معنی قوله «فقد هدم العاجل».

حصیله البحث:

للزّوجه الامتناع قبل الدّخول حتّی تقبض مهرها إن کان المهر حالًّا، و لیس لها بعد الدّخول امتناعٌ.

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۲۵۶ح۴

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۲۵۶ح۶

إذا زوج الأب ولده الصغير و للولد مال

(التاسعه: إذا زوج الأب ولده الصغير و للولد مال) يفى بالمهر (ففى ماله المهر و الّا) يكن له مال أصلا (ففى مال الأب)

و يدل على ذلک موثق عبيد بن زراره، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن الرّجل يزوّج ابنه و هو صغير قال: إن كان لابنه مال فعليه المهر و إن لم يكن للابن مال فالأب ضامن المهر، ضمن أو لم يضمن»(۱) و بمضمونه صحيح علىّ بن جعفر .

و فى صحيح محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السّلام: سألته عن رجل كان له ولد فزوّج منهم اثنين و فرض الصّداق، ثمّ مات من أين يحسب الصّداق؟ من جمله المال أو من حصّتهما؟ قال: من جميع المال إنّما هو بمنزله الدين»(۲) و هو محمول على ما إذا لم يكن للولد مال كما هو الأغلب فى الصغار.

ثمّ المفهوم من قوله فى الموثق «ضمن أو لم يضمن» أنّ الأب لو ضمن يكون المهر عليه و لو كان للولد مال, و يدلّ على ذلک صريحا صحيح الفضل بن عبد الملک،عن الصّادق (عليه السلام): سألته عن الرّجل يزوّج ابنه و هو صغير؟ قال: لا بأس، قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال: لا، قلت: على من الصّداق؟ قال: على الأب إن كان

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۰۰ح۲

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۰۰ح۳

ضمنه لهم، و إن لم يكن ضمنه فهو على الغلام إلّا أن [لا ظ] يكون للغلام مال فهو ضامن له، و إن لم يكن ضمن- الخبر»(۱).

(و لو بلغ الصّبی فطلق قبل الدخول کان النصف المستعاد للولد)

لا للأب لأن دفع الأب له کالهبه للابن و ملک الابن له بالطلاق ملک جدید لا إبطال لملک المرأه السابق لیرجع إلی مالکه.

و کذا لو طلق قبل أن یدفع الأب عنه لأن المرأه ملکته بالعقد و إن لم تقبضه.

و لو دفع الأب عن الولـد الکبیر المهر تبرعا أو عن أجنبی ثم طلق قبل الدخول فان کان باذن منهما کان حکمه کالسابق من عود النصف إلی الزوج , وان لم یکن باذن منهما فلم تملکه المرأه لانه لم یکن باذنهما فلا یرجع الی الزوج.

حصیله البحث:

إذا زوّج الأب ولده الصّغیر و للولد مالٌ یفی ففی ماله المهر و إلّا ففی مال الأب، و کذلک لو ضمن الاب المهر یکون علیه و لو کان للولد مال , و لو بلغ فطلّق قبل الدّخول کان النّصف المستعاد للولد لا للأب.

ص:۳۰۶

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۰ح۱

لو اختلفا فی التسمیه حلف المنکر

(العاشره: لو اختلفا فی التسمیه) فادعاها أحدهما و ادعی الآخر التفویض (حلف المنکر)

لأصاله عدمها وان کان خلاف الظاهر فیثبت مقتضی عدمها من المتعه أو مهر المثل أو غیرهما کما تقدم.

(و لو اختلفا فی القدر قدم قول الزّوج)

لأصاله البراءه من الزائد علی ما یعترف به و لصحیح أبی عبیده، عن الباقر (علیه السلام) «فی رجل تزوّج امرأه فلم یدخل بها، فادّعت أنّ صداقها مائه دینار، و ذکر الزوج أنّ صداقها خمسون دینارا، و لیس بینهما بیّنه، فقال: القول قول الزّوج مع یمینه»(۱).

(و کذا) لو اختلفا (فی الصفه)

کالجید و الردی ء و الصحیح و المکسر فإن القول قول الزوج مع الیمین لانها مدعیه للزائد عن القدر المتفق علیه وهو منکر , بلا فرق بین کون النزاع قبل الدخول أم بعده.

(و فی التسلیم یقدم قولها)

ص:۳۰۷

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۸۶ح۳

مطلقا لأصاله عدمه و استصحاب اشتغال ذمته, و به قال الشيخ فی المبسوط و تبعه جواهر القاضی و ابن حمزه و الحلّی.

و قیل: بتقدیم قوله اذا کان النزاع بعد الدّخول، ذهب إلیه الإسکافیّ و الحلبیّ و الشیخ فی تهذیبیه و نهایته و موضع من خلافه، و القاضی فی مهذّبه، و هو المفهوم من الکافی فروی صحیح الفضیل، عن الباقر (علیه السلام) «فی رجل تزوّج امرأه و دخل بها و أولدها، ثمّ مات عنها، فادّعت شیئا من صداقها علی ورثه زوجها فجاءت تطلبه منهم و تطلب المیراث، فقال: أمّا المیراث فلها أن تطلبه و أمّا الصداق فالّذی أخذت من الزّوج قبل أن یدخل بها هو الذی حلّ للزّوج به فرجها، قلیلا کان أو کثیرا إذا هی قبضته منه، و قبلت و دخلت علیه و لا شی ء لها بعد ذلک»(1) و المفهوم منه انه لا یقبل قولها إذا سلّمت نفسها و ادّعت عدم وصول مهرها و انها مدعیه و علیها الاثبات.

و صحیح الرّحمن بن الحجّاج عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن الزّوج و المرأه یهلکان جمیعا فیأتی ورثه المرأه فیدّعون علی ورثه الرّجل الصّداق، فقال: و قد هلکا و قسم المیراث؟ فقلت: نعم، فقال: لیس لهم شی ء، قلت: و إن کانت المرأه حیّه فجاءت بعد موت زوجها تدّعی صداقها؟ فقال: لا شی ء لها، و قد أقامت معه مقرّه حتّی هلک زوجها، فقلت: فإن ماتت و هو حیّ فجاءت ورثتها یطالبونه بصداقها، فقال: و قد أقامت معه حتّی ماتت لا تطلبه؟ فقلت: نعم، قال: لا شی ء

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۲۶۰ح۱۳

لهم، قلت: فإن طلّقها فجاءت تطلب صداقها، قال: و قد أقامت لا تطلبه حتّى طلّقها لا شی ء لها، قلت: فمتی حدّ ذلک الذی إذا طلبته کان لها، قال: إذا أهدیت إلیه و دخلت بیته، ثمّ طلبت بعد ذلک فلا شی ء لها إنّه کثیر، لها أن یستحلف باللّه مالها قبله من صداقها قلیل و لا کثیر»(۱) و المفهوم منه ان المرأه إذا سلّمت نفسها و ادّعت عدم وصول مهرها لا یقبل قولها، و لیس لها علی الزوج إلّا حقّ یمین ببقائه.

بل یمکن نسبته إلی المفید و الدّیلمیّ أیضا حیث قالا بأنّ المفوّضه لو أعطاها زوجها حین الدّخول شیئا و لم تعیّن الصّداق معه و لم تجعله دینا علیه ما کان لها شی ء. و مثلهما السّیّدان.

اقول: لا ریب فی کون البینه علی المدعی و الیمین علی المنکر کما و ان تشخیصهما لیس بالامر التعبدی و علیه فما ورد من الصحیحین انما هو لکون المرأه مدعیه لا لتعبد خاص بل لأنّ تسلیم المرأه نفسها یکون اماره علی استلامها المهر لجریان عاده اهل ذلک الزمان علی استلامه قبل الدخول فالحکم فی هذه الاخبار من باب تقدم الظاهر علی الاصل ولذا اجاب العلامه فی المختلف عنه بقوله: «قد کان فی الزّمن الأوّل لا یدخل الرّجل حتّی یقوّم المهر لکن العاده الآن بخلاف ذلک، فلعلّ منشأ الحکم العاده» و علیه فان کانت عاده اهل الزمان علی استلامه قبل الدخول فالقول قوله و الّا کما فی زماننا هذا فالقول قولها .

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۲۵۷ح۸

(و) لو اختلفا (فی المواقعه لو أنكرها) لیندفع عنه نصف المهر بالطلاق (یقدم قوله) لأصاله عدمها.

(و قیل: قولها مع الخلوه التامه) التی لا مانع معها عن الوطء شرعا و لا عقلا و لا عرفا (و هو قریب)

اقول: قد تقدم انه لا اثر للخلوه فی نفسها كما فی موثق یونس بن یعقوب، عن الصّادق (علیه السلام): سألته عن رجل تزوّج امرأه و أغلق بابا و أرخی سترا و لمس و قبّل، ثمّ طلّقها أ یوجب علیه الصّداق؟ قال: لا یوجب علیه الصداق إلّا الوقاع»(۱) و صحیحه الاخر(۲) و صحیح عبد اللّه بن سنان.

و یقدم قولها هنا للأخبار الداله علی وجوب المهر بالخلوه التامه بحملها علی كونه دخل بشهاده الظاهر كما فی صحیح الحلبیّ، عنه (علیه السلام): سألته عن الرّجل یطلّق المرأه و قد مسّ كلّ شی ء منها إلّا أنّه لم یجامعها إلها عدّه؟ فقال: ابتلی أبو جعفر (علیه السلام) بذلك فقال له أبوه علیّ بن الحسین علیهما السّلام: إذا أغلق بابا و أرخی سترا وجب المهر و العدّه»(۳).

فنقل الكلینی عن ابن ابی عمیر فی توجیهه انه قال: اختلف الحدیث فی أنّ لها المهر كملاً و بعضهم قالنصف المهر و إنّما معنی ذلك أنّ الوالی إنّما یحكم

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۳۲۲ باب ۵۵ح۱
۲- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۳۲۲ باب ۵۵ح۱
۳- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۳۲۲ باب ۵۵ح۱

بالظّاهر إذا أغلق البـاب و أرخى السّتر وجب المهر و إنّمـا هـذا عليهـا إذا علمت أنّه لم يمسّـها فليس لهـا فيمـا بينها و بين اللّه إلّا نصف المهر.

اقول: و يشـهد على صـحه هذا الحمل انه لا عده على غير المدخول بها بنص القران فقرينه هذا الحمل قوله (عليه السلام) «وجب المهر و العـدّه» و عليه فالخلوه و ارخاء الستر كاشف و اماره عن تحقق الدخول لو ادعته, و على هذا المعنى يحمل خبر زراره(۱) و موثق إسـحاق بن عمّارٍ عن جعفرٍ عن أبيه عن على (عليه السـلام) «أنّه كان يقول من أجاف من الرّجال على أهله باباً أو أرخى ستراً فقد وجب عليه الصّداق»(۲).

لكن لاينطبق هذا الحمل على ما فى موثق محمّد بن مسـلم، عن الباقر (عليه السلام): سألته عن المهر متى يجب؟ قال: إذا أرخيت السـتور و أجيف الباب و قال:إنّى تزوّجت امرأه فى حياه أبى علىّ بن الحسـين عليهما السّلام و إنّ نفسى تاقت إليها فذهبت إليها فنهانى أبى فقال: لا تفعل يا بنىّ لا تأتها فى هـذه السّاعه، و إنّى أبيت إلّا أن أفعل، فلمّا دخلت عليها قذفت إليها بكساء كان علىّ و كرهتهـا و ذهبت لأـخرج فقامت مولاه لها فأرخت الستر و أجافت الباب فقلت: مه قـد وجب الـذى تريـدين»(۳) فانه ظاهر فى كفايه ارخاء الستر.

ص:۳۱۱

۱- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۳۲۲ باب ۵۵ح۱

۲- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۳۲۲ باب ۵۵ح۱

۳- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۳۲۲ باب ۵۵ح۱

و فیه: اولا: انه معارض بموثق زراره، عنه (علیه السلام): حدّثنی أنّه أراد أن یتزوّج امرأه قال: فکره ذلک أبی فمضیت فتزوّجتها حتّی إذا کان بعد ذلک زرتها فنظرت فلم أرما تعجبنی، فقمت لأنصرف فبادرتنی القائمه معها الباب لتغلقه، فقلت: لا تغلقیه لک الذی تریدین فلمّا رجعت إلی أبی فأخبرته بالأمر کیف کان، فقال: إنّه لیس لها علیک إلّا النصف یعنی نصف المهر، و قال: إنّک تزوّجتها فی ساعه حارّه»(۱).

و ثانیا: انه محمول علی ان ذلک من باب المصالحه بدلیل موثق أبی بصیر قال: تزوّج أبو جعفر (علیه السلام) امرأه فأغلق الباب فقال: افتحوا و لکم ما سألتم، فلمّا فتحوا صالحهم»(۲).

لکن قیل بالحمل علی التّقیّه بمعنی أنّه إذا أغلق الباب و أرخی الستر کان الحکم عند العامّه کذلک فقالوا: قال به عمر و ابنه و أنس و الزّهریّ و الأوزاعیّ و أبو حنیفه و أصحابه و الشّافعیّ فی قدیمه، و رووا «عن عمر أنّه قال: إذا أغلق الباب و أرخی السّتر فقد وجب المهر ما ذنبهنّ إن جاء العجز من قبلکم»(۳) و لا یمکنهم علیهم السّلام مخالفته، فکان الباقر (علیه السلام) لا یمکنه إعطاء النّصف. قلت: مع التصریح بکون ذلک من باب المصالحه کما فی الموثق المتقدم یکون الحمل علی التقیه بلا شاهد.

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۳۲۲ باب ۵۵ح ۱

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۳۲۲ باب ۵۵ح ۱

۳- النجعه ج۹ کتاب النکاح ص ۱۰۲ و۱۰۳

و بذلک جمع الإسکافیّ و الشیخ و القاضی و ابن حمزه و قالوا: بأنّ الحکم بتمام المهر علی الظاهر، و أمّا المرأه إذا لم یمسّها فبینها و بین اللّه لیس لها إلّا النّصف و قد عرفت انه الاقوی.

و حکم العمانیّ و الخلاف و الحلیّ بکون أخبار التّمام مخالفه للکتاب قال العمانیّ: «و قد اختلفت الأخبار عنهم علیهم السّلام فی الرّجل یطلّق المرأه قبل أن یجامعها، و قد دخل بها و قد مسّ کلّ شیء منها إلّا أنّه لم یصبها، فروی عنهم علیهم السّلام فی بعض الأخبار «أنّ لها نصف المهر و لا عدّه علیها» و هذا أدلّ الخبرین بدلاله الکتاب و أشبه بقولهم علیهم السّلام لأنّ اللّه عزّ و جلّ یقول {وإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِیضَهً فَنِصْفُ مٰا فَرَضْتم} قال: و قد جاء عنهم علیهم السّلام ما یخصّ هذا فی قضائهم فی العنّین أنّ الرّجل إذا تزوّج المرأه فدخل بها فادّعت المرأه أنّه لم یصبها أجّله الإمام سنه فإذا مضت السّنه و لم یصبها فرّق بینهما و أعطیت نصف الصداق و لا عدّه علیها منه.

و فی هذا إبطال روایه إذا أغلق الباب و أرخی السّتر وجب المهر کاملا و هذا العنّین قد أغلق الباب و أرخی السّتر و أقام معها سنه لا یجب علیه إلّا نصف الصّداق، و المسألتان لا فرق بینهما».

اقول: و الرّوایه الّتی نقلها فی العنّین هی صحیحه أبی حمزه عن الباقر (علیه السلام) ففیها «فإذا ذکرت أنّها عذراء فعلی الإمام أن یؤجّله سنه، فإن وصل إلیها و إلّا فرّق

ص:۳۱۳

بینهما و أعطیت نصف الصداق»(۱) لکن لا دلاله فیها علی ما قال و ذلک لانها خاصه بمن ادعی علیه العنن و الخاص یخصص العام , کما و انه لا ریب فی دلاله الکتاب علی الحکم فی مقام الثبوت لکنه لاینافی الحکم بالتمام فی الظاهر لدلاله الدلیل علیه.

حصیله البحث:

لو اختلفا فی التّسمیه حلف المنکر، لها و لو اختلفا فی القدر قدّم الزّوج و کذا فی الصّیفه، و فی التّسلیم فان کانت عاده اهل الزمان علی استلامه قبل الدخول فالقول قوله و الّا یقدم قولها, و فی المواقعه لو أنکرها یقدّم قوله .

(الفصل السابع فی العیوب و التدلیس)

عیوب الرجل

(و هی فی الرجل الجنون)

ص:۳۱۴

۱- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۲۵۱ح۱

لصحيح الحلبیّ عن الصّادق (علیه السلام) «سألته عن رجل تزوّج إلی قوم فإذا امرأته عوراء و لم یبیّنوا له قال یردّ النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل»(۱) فإنه عام فی الرجل و المرأه.

(و الخصاء)

بکسر الخاء مع المد و هو سل الأنثیین و إن أمکن الوطء لحدیث نفی الضرر و الضرار و للنصوص المستفیضه منها ما عن الصادق (علیه السلام) فی معتبره ابن مسکان قال: «بعثت بمسأله مع ابن أعین قلت: سله عن خصی دلّس نفسه لامرأه و دخل بها فوجدته خصیا؟ قال: یفرّق بینهما و یوجع ظهره و یکون لها المهر لدخوله علیها»(۲) و فی معتبره ابن بکیر عن أحدهما علیهما السّلام: «فی خصی دلّس نفسه لامرأه مسلمه فتزوجها، فقال: یفرّق بینهما إن شاءت المرأه و یوجع رأسه، و إن رضیت به و أقامت معه لم یکن لها بعد رضاها به أن تأباه»(۳).

(و الجب)

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۶ح۶ و الفقیه (فی ۴ من أخبار باب ما یردّ منه النکاح ۲۷ من نکاحه) و التّهذیب (فی ۱۲ من أخبار تدلیسه ۱۶ من نکاحه) و فیهما: «قال: لا تردّ إنّما یردّ- إلخ» و لا حصر فی نسخه الکافی و علیه فنسخه الحصر غیر قابله للاستدلال .

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۲۲۷ح۳

۳- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۲۲۷ح۱

و هو قطع مجموع الـذكر أو مـا لا يبقى معه ما يمكنه من الوطى وذلك لقاعـده نفى الضـرر و الضـرار، ولصـحيح أبى بصـير عن الصـادق (عليه السـلام) قال: «سألته عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقـدر على جماع أ تفارقه؟ قال: نعم إن شاءت»(۱) وغير ذلك من الأخبار و لا ريب فى شمولها للجب بل هو المتيقن منها.

(و العنن)

و هو مرض يعجز معه عن الإيلاج لضـعف الذكر عن الانتشار و يشـهد له صحيح ابان و هو من اصحاب الاجماع عن عباد الضبى عـن الصـادق (عليـه السـلام): «فى العنيـن إذا علـم أنـه عنيـن لاـ يـأتى النسـاء فرّق بينهمـا و إذا وقـع عليهـا وقعه واحـده لم يفرّق بينهما»(۲).

(و الجذام)

ص:۳۱۶

۱- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۲۲۹ح۱

۲- وسائل الشـيعه، ج ۲۱، ص: ۲۲۹ح۲ عن الكـافى ورواه الفقيه فى ۴ من بـاب حكم عنينه، ۲۴ من طلاـقه عن غياث، عنه (عليه السلام) . و التّهذيب فى ۲۵ من أخبار تدليسه، و الاستبصار فى ۶ من أخبار عنّينه عن غياث الضّبى عنه (عليه السلام) . قلت: عباد الضبى و غياث الضبى متّحدان كما هو الظاهر، حرّف أحدهما بالآخر.

بضم الجيم و هو مرض يظهر معه يبس الأعضاء و تناثر اللحم (على قول القاضى) و ابن الجنيد و به قال المبسوط لصحيح الحلبىّ المتقدم(۱) فإنه عام فى الرجل و المرأه إلا ما أخرجه الدليل و لأدائه إلى الضرر المنفى, فإنه من الأمراض المعديه باتفاق الأطباء و قد روى أنه (صلى الله عليه و آله) قال: «فر من المجذوم فرارک من الأسد»(۲) فلابد من طريق إلى التخلص و لا طريق للمرأه إلّا الخيار.

و قيل: بعدم ثبوت الخيار لها به تمسكا بالأصل و لروايه الضبى المتقدمه انفا «الرجل لا يرد من عيب»(۳) فإنه يتناول محل النزاع .

و فيه: ما لا يخفى فانه بعد صحه الروايه و شهرتها مع ما ضم إليها فهى وارده الأصل.

و اعلم أن القائل بكونه عيبا فى الرجل ألحق به البرص لوجوده معه فى النص الصحيح.

ص:۳۱۷

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۰۶ح۶ و الفقيه (فى ۴ من أخبار باب ما يردّ منه النكاح ۲۷ من نكاحه) و التّهذيب (فى ۱۲ من أخبار تدليسه ۱۶ من نكاحه) وفيهما: «قال: لا تردّ إنّما يردّ- إلخ»

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۵۵۶

۳- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۲۲۹ح۲

و لا فرق بين الجنون المطبق و غيره

(و لا فرق بين الجنون المطبق و غيره، و لا بين قبل العقد و بعده، وطئ أولا)

لإطلاق الأدله الشامل لكل من المطبق و الأدوار, مضافا الى اطلاق معتبر عليّ بن أبى حمزه قال: «سئل أبو إبراهيم (عليه السلام) عن المرأه يكون لها زوج و قد أصيب فى عقله من بعد ما تزوّجها أو عرض لها جنون؟ فقال: لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت»(۱) الوارد فى الجنون المتجدد بعد العقد و الشامل لغيره بالفهم العرفى. و به عمل الكافى و التهذيب(۲)و الفقيه(۳) و زاد «و فى خبر آخر: إنّه إن بلغ به الجنون مبلغا لا يعرف أوقات الصلاه فرّق بينهما، فإن عرف أوقات الصّلاه فلتصبر المرأه معه فقد بليت»قلت: وليس لنا خبر بما قال نعم بذلك افتى ابوه عليّ بن بابويه فقال: «و إذا تزوّج رجل و أصابه بعد ذلك جنون فبلغ به مبلغا لا يعرف أوقات الصّلاه فرّق بينهما، فإن عرف أوقات الصلاه فلتصبر المرأه معه فقد بليت»(۴) و لم يفت به غيرهما و لا يخفى انه لا يمكن التعويل عليه لعدم صلاحيته لتقييد الاطلاقات المتقدمه.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۵۱ح۱

۲- التّهذيب فى ۱۹ من أخبار تدليسه و فيه بدل «لها» «له».

۳- الفقيه فى ۳ من أخبار شقاقه ۱۶ من طلاقه .

۴- النجعه ج۹ص ۱۰۶

و اما موثق غیاث بن إبراهیم، عن جعفر، عن أبیه علیهما السّلام «أنّ علیّا (علیه السلام) لم یکن یردّ من الحمق و یردّ من العسر»(۱) فدال علی عدم الخیار فی الحمق و هو لیس بجنون قال تاج العروس: «انحمق، و استحمق، فهو أحمَقُ و حَمِقٌ: قلیل العقل و حقیقه الحُمق: وضع الشّیء فی غیر موضعه مع العلم بقبحه»(۲).

هذا و اما ما فی ذیل الموثق «ویردّ من العسر» فمجمل.

هذا و لا ریب بالبطلان فی الجنون السّابق لأنّه لا أثر لعمل المجنون، و لا تصل النوبه الی خیار المرأه فی إمضاء العقد، اللّهمّ إلّا أن یکون العقد من قبل أبیه و قلنا بولایته علیه کولایه الأب علی المرأه.

و فی معنی الخصاء الوجاء

(و فی معنی الخصاء الوجاء)

الوجاء کما فی تاج العروس: «وُجِئَ هو، بالضم فهو مَوجُوءٌ و وجِی ءٌ علی فعیل إذا دَقَّ عُرُوقَ خُصْیَیه بین حَجَرَینِ دَقًّا شدیداً و لم یُخْرِجْهُمَا أَی مع سلامَتهما أَو هو رَضُّهُمَا حتی تَنْفَضِخا، فیکون شبیهاً بالخصاء. و ذکر التَّیس مثال، فمثله غیره من فحول النَّعم بل و غیرها، و الحَجَرُ کذلک. و فی اللسان: الوَجْأُ أَن تُرَضَّ أُنْثَیا

ص:۳۱۹

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۳۲ح۳۶

۲- تاج العروس من جواهر القاموس، الزبیدی ج ۱۳، ص: ۹۵

الفَحْلِ رَضًّا شديداً يُذْهِبُ شَهْوَه الجِماع و يُنَزَّل فی قَطْعِهِ مَنْزِلَه الخَصْیِ. و قیل: هو أَن تُوجَأَ العُرُوق و الخُصْیَتَانِ بحالهما»(۱).

اقول: و هو و ان لم یکن علیه نص بالخصوص الّا ان ادله الخصاء المتقدمه شامله له بالفهم العرفی لانه فی الحقیقه خصاء بالعلاج.

و شرط الجبّ أن لا یبقی ما یمکنه معه من الوطی

(و شرط الجبّ أن لا یبقی قدر الحشفه)

کما تقدم الاستدلال له بقاعده اللاضرر و بالأولویّه من الخصاء و العنن المنصوصین , و لیس الملاک بقاء قدر الحشفه بل الملاک القدره علی الوطی و عدمها کما هو مقتضی الدلیل و علیه فلو بقی منه شیء مما یمکنه معه من الوطی فلا خیار لها لأصاله اللزوم بعد خروجه عن ظاهر النصوص المتقدمه.

و شرط العنه أن یعجز عن الوطئ

(و شرط العنه أن یعجز عن الوطیء فی القبل و الدّبر منها)

۱- تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱، ص: ۲۷۳

كما تقدم فى صحيح ابان عن عبّاد الضبّى، عن الصّادق (عليه السلام) قال: «فى العنّين إذا علم أنّه عنّين لا يأتى النّساء فرّق بينهما، و إذا وقع عليها وقعه واحده لم يفرّق بينهما، و الرّجل لا يردّ من عيب»(۱) و غيره من الاخبار , و المنصرف منه عرفا هو القبل لا الدبر و قد تقدم فى كتاب الطهاره الاختلاف فى كونه وطيا و ان الصحيح عدمه.

(و من غيرها)

عند المصنف كما فى موثق عمّار، عنه (عليه السلام): «سئل عن رجل أخذ عن امرأته فلا يقدر على إتيانها؟ فقال: إن كان لا يقدر على إتيان غيرها من النّساء فلا يمسكها إلّا برضاها بذلك، و إن كان يقدر على غيرها فلا بأس بإمساكها»(۲).

اقول: و حيث ان مستنده ينحصر بخبرعمّار الذى قد تقدم عدم العبره برواياته لعدم الوثوق بها فعليه فالقدره على غيرها لا يرفع عنه حكم العنن و بذلك قال الصدوق فى المقنع «و إذا تزوّج الرّجل المرأه و ابتلى و لم يقدر على الجماع فارقته إن شاء» و هو شامل لما إذا قدر على غيرها و هو مضمون صحيح أبى بصير عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أ تفارقه؟

۱- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۲۲۹ح۲

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۱۲ح۹

قال: نعم إن شاءت»(۱) و خبر الصبّاح الکنانیّ عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن امرأه ابتلی زوجها فلا یقدر علی الجماع أبدا أ تفارقه، قال: نعم إن شاءت»(۲) و هما مطلقان.

(بعد رفع أمرها إلی الحاکم)

اقول: ذکر المبسوط الرّفع الی الحاکم متردّدا و الإسکافیّ بدونه و لم یذکره الصّدوق و المفید و المرتضی و الدّیلمیّ و الحلبیّان و القاضی و ابن حمزه و الحلیّ و لا نهایه الشیخ.

و یشهد له صحیح أبی حمزه، عن الباقر (علیه السلام) فی خبر «قال: فإن تزوّجها و هی بکر فزعمت أنّه لم یصل إلیها فإنّ مثل هذا یعرف النساء فلینظر إلیها من یوثق به منّهنّ فإذا ذکرت أنّها عذراء فعلی الإمام أن یؤجّله سنه فإن وصل إلیها و إلّا فرّق بینهما- الخبر»(۳).

و موثق الحسین بن علوان عن جعفر، عن أبیه، عن علیّ علیهم السّلام «أنّه کان یقضی فی العنّین أنّه یؤجّل سنه من یوم ترافعه المرأه»(۴) وبه نقید الاطلاقات الاتیه.

ص:۳۲۲

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۲۲۹ح۱
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۳۱ح۲۸
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۱۱ح۷
۴- قرب الاسناد للحمیریّ ص ۱۰۵ (ط – حدیثه)

و يؤيده خبر أبى البخترىّ، عن أبى جعفر، عن أبيه عليهما السّلام «أنّ عليّا (عليه السلام) كان يقول يؤخّر العنّين سنه من يوم ترافعه امرأته، فإن خلص إليها و إلّا فرّق بينهما- الخبر»(۱) وهو ضعيف سندا بوهب بن وهب ابو البخترى.

(و إنظاره سنه)

كما تقدم فى صحيح ابى حمزه و موثق الحسين وكما فى صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): «العنّين يتربص به سنه، ثمّ إن شاءت امرأته تزوّجت و إن شاءت أقامت»(۲).

و خبرالكنانى «عنه قال: إذا تزوّج الرّجل المرأه و هو لا يقدر على النّساء أجّل سنّه حتّى يعالج نفسه»(۳).

و فى ذيل صحيح أبى بصير قال ابن مسكان: و فى حديث آخر: «تنتظر سنه فإن أتاها و إلّا فارقته , و إن أحبّت أن تقيم معه فلتقم»(۴).

و اما موثق إسحاق بن عمّار، عن جعفر، عن أبيه عليهما السّلام «أنّ عليّا (عليه السلام) كان يقول: إذا تزوّج امرأه فوقع عليها مرّه، ثمّ أعرض عنها فليس لها الخيار لتصبر فقد

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۳۱ح۳۰
۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۳۱ح۲۷
۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۳۱ح۲۹
۴- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۲۲۹ح۱

أبتليت و ليس لأمّهات الأولاد و لا الإماء ما لم يمسّـها من الدّهر إلّا مرّه واحده خيار»(۱) فمورده الاعراض عن الزوجه او الامه لا عـدم القـدره على الوطى , وعليه فلا علاقه له بالعنّه و ليس للزوجه الخيار نعم لها ان ترفع امرها للحاكم لاجل ان يأمر زوجها بان يؤدى ما يجب عليه من حقوقها.

هذا و لا يخفى ما فى ذيله و هو: «و ليس لأمّهات الأولاد و لا الإماء ما لم يمسّها من الدّهر إلّا مرّه واحده خيار» من اجمال .

و مثل موثق اسحاق معتبر السّكونىّ، عنه (عليه السلام): «قال أمير المؤمنين (عليه السلام): من أتى امرأه مرّه واحده، ثمّ أُخِّذَ عنها فلا خيار لها»(۲) فان التأخيذ: حبس السواحر ازواجهن عن غيرهن من النساء.

و شرط الجذام تحقّقه

(و شرط الجذام تحقّقه)كما هو واضح.

(و لو تجددت) العيوب المتقدمه غير الجنون و العنّه (بعد العقد فلا فسخ)

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۳۰ح۲۶

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۱۲ح۱۰

اما الجنون ففيه الفسخ لشمول إطلاق الأدله المتقدمه له مضافا الى اطلاق معتبر علىّ بن أبى حمزه قال: «سئل أبو إبراهيم (عليه السلام) عن المرأه يكون لها زوج و قد أصيب فى عقله من بعد ما تزوّجها أو عرض لها جنون؟ فقال: لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت»(۱) و مورده الجنون المتجدد بعد العقد .

و اما العنّه فذهب المفيد إلى كون المتجدّد منها كالحاصل قبل العقد، فقال: «فإن حدث بالرّجل عنّه بعد صحّته كان الحكم فى ذلك كما وصفناه ينتظر به سنه فإن تعالج فيها و صلح و إلّا كانت المرأه بالخيار».

و استدل له الشيخ فى التّهذيب بإطلاق صحيح محمّد بن مسلم و خبرى أبى الصبّاح و أبى البخترى المتقدّمين انفا. قلت: و هو الاقوى.

و اما سائر العيوب فلا فسخ فيها و ذلك تمسكا بأصاله لزوم العقد و استصحابا لحكمه مع عدم دليل صالح على ثبوت الفسخ.

و قيل: يفسخ بها مطلقا لمشاركه ما بعد العقد لما قبله فى الضرر المنفى و لصحيح ابان عن الضبّى، عن الصّادق (عليه السلام) قال: «فى العنّين إذا علم أنّه عنّين لا يأتى النّساء

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۵۱ح۱

فرّق بينهما، و إذا وقع عليها وقعه واحده لم يفرّق بينهما، و الرّجل لا يردّ من عيب»(۱).

وفيه: ان المفهوم منه انه لو وطئ و لو مره واحـده كشف ذلك عن عدم كونه عنينا فيخرج عن ما نحن فيه تخصـصا , و اما قاعده اللاضـرر فانمـا هى فى مقـام نفى الحكم الضـررى لا ـ فى مقام اثبات حق الفسـخ لها بلا طلاق , و ينـدفع الضـرر برفع امرها الى الحاكم فيأمر زوجها بالطلاق.

و فصل الشـيخ فى النهايه و تبعه الحلّى فى العنّه أيضا بين ما إذا كان قبل الدّخول و بعده و لا بدّ أنّهما حملا الأخبار المستدل بها على ما إذا كان قبل الدّخول. و فيه: انه حمل تبرعى لا شاهد له.

(و قيل) و القائل الشيخ فى المبسوط (لو بان) الزوج (خنثى فلها الفسخ) و كذا العكس.

(و يضعف بأنه إن كان مشكلا فالنكاح باطل)

لا يحتاج رفعه إلى الفسخ لاصاله عدم النفوذ, واليه ذهب الشيخ فى الخلاف.

(و إن كان محكوما بذكوريته) بإحدى العلامات الموجبه لها (فلا وجه للفسخ لأنه كزياده عضو فى الرجل)

ص:۳۲۶

۱- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۲۲۹ح۲

و کذا لو کان هو الزوجه و حکم بأنوثیتها لأنه حینئذ کالزیاده فی المرأه و هی غیر مجوزه للفسخ علی التقدیرین .

و لو قیـل باشـتمال الخنثی علی مـا فیه النفره و العـار علی الاـخر و هما ضـرران منفیان ففیه: أن مجرد ذلک غیر کاف فی رفع ما حکم بصحته و استصحابه.

قلت: هذا صـحیح لولا النص علی الخیار ففی صـحیح علیّ بن جعفر عن أخیه (علیه السـلام): «سألته عن خنثی دلّس نفسه لامرأه ما علیه؟ فقال: یوجع ظهره و أُذیق تمهیناً(۱) و علیه المهر کاملاً إن کان دخل بها و إن لم یکن دخل بها فعلیه نصف المَهر»(۲).

و هو غیر خبره الذی رواه قرب الاسـناد «سألته عن خصی دلّس نفسه لامرأه ما علیه؟ فقال: یوجع ظهره و یفرّق بینهما»(۳) و لیس احدهما تحریف عن الاخر کما قیل.

حصیله البحث:

ص:۳۲۷

۱- م هنه: ضربه ضربا موجعا (تاج العروس ۹: ۳۵۴، و القاموس المحیط- مهن- ۴: ۲۷۳)

۲- مسائل علی بن جعفر و مستدرکاتها، ص: ۱۰۴ح۳

۳- قرب الإسناد (ط - الحدیثه) ص: ۲۴۹ح۹۸۲

عيوب الرّجل خمسةٌ: الجنون و الخصاء و الجبّ و العنن و الجـذام, و لا فرق بين الجنون المطبق و غيره و لا بين قبل العقد و بعده وطئ أو لا، و فى معنى الخصاء الوجاء، و شـرط الجبّ أن لا يبقى قـدر الحشـفه، و شـرط العنّه أن يعجز عن القبل منها بعـد رفع أمرهـا إلى الحـاكم و إنظاره سـنهً، و شـرط الجـذام تحقّقه، و لو تجـدّدت العيوب غير الجنون و العنّه بعـد العقـد فلا فسـخ، و اما الجنون و العنّه فلها فيهما الفسخ و لو بان خنثى فلها الفسخ .

و عيوب المرأه تسعه

(و عيوب المرأه تسعه: الجنون و الجذام و البرص و العمى و الإقعاد و القرن و الإفضاء و العفل و الرتق على خلاف فيهما)

اما الجنون و الجذام و البرص والعفل و القرن فيشـهد لها صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه عن الصّادق (عليه السلام): «المرأه تردّ من أربعه أشياء من البرص و الجذام و الجنون و القرن و هو العفل- الخبر»(۱) و غيره من النصوص المستفيضه .

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۰۹ح۱۶ والفقيه (فى أوّل بـاب ما يردّ منه النكاح ۲۷ من نكاحه) و فيه: «المرأه ترد من أربعه أشـياء: من البرص و الجـذام و الجنون و القرن و العفل» و التّهـذيب ج ۷، ص: ۴۲۷ح۱۴ و الاستبصار ج ۳، ص: ۲۴۸ح۱۰ بلفظ: «و القرن و هو العفل» و هو الصحيح لأنّه صرّح فى أوّل الخبر بأنّه يردّ من أربعه أشياء لا خمسه .

و يؤيد ذلك خبر رفاعه بن موسى، عن الصّادق (عليه السلام): «تردّ المرأه من العفل و البرص و الجذام و الجنون و أمّا ما سوى ذلك فلا»(۱).

و العفل هو لحم ينبت فى قبل المرأه و هو القرن كما صرحت به الصحيحه المتقدمه , و قيل هو ورم يكون بين مسلكى المرأه.

و اما الرتق و هو «مصدر قولك: رَتِقَت المرأه رَتَقاً، فهى امرأه رتقاء بَيّنه الرَّتَق، التصق ختانها فلم تنل، لارتتاق ذلك الموضع منها، فهى لا يستطاع جماعها، أو هى الَّتى لا خرق لها إلّا المَبال خاصَّه قاله اللَّيث، و قال أبو الهيثم: الرَّتقاء: المرأه المنضمَّه الفرج الَّتى لا يكاد الذَّكر يجوز فرجها لشدَّه انضمامه»(۲).

و استدل له بعموم العلّه الوارده فى القرن فى صحيح أبى الصبّاح من قوله: «هذه لا تحبل و لا يقدر زوجها على مجامعتها»(۳).

و بعموم العله فى صحيح الحسن بن صالح من قوله: «هذه لا تحبل (ترد على أهلها من) ينقبض زوجها عن مجامعتها تُردُّ على أهلها»(۴) و فيه انه لم تثبت نسخه ما بين القوسين.

۱- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۲۴۶ح۳

۲- تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۳، ص: ۱۶۰

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۲۷ح۱۵

۴- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۰۹ح۱۷

و بخبر علیّ بن جعفر، عن أخیه (علیه السلام): «سألته عن امرأه دلّست لرجل نفسها و هی رتقاء، قال یفرّق بینهما و لا مهر لها»(۱) لکنه ضعیف سندا بالعلوی.

و یعارض ما تقدم صحیح زراره: «سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن رجلٍ تزوّج جاریهً لم تدرک لا یجامع مثلها أو تزوّج رتقاء فأدخلت علیه فطلّقها ساعه أدخلت علیه قال هاتان ینظر إلیهنّ من یوثق به من النّساء فإن کنّ کما دخلن علیه فإنّ لها نصف الصّداق الّذی فرض لها و لا عدّه علیهنّ منه قال فإن مات الزّوج عنهنّ قبل أن یطلّق فإنّ لها المیراث و نصف الصّداق(۲) و علیهنّ العدّه أربعه أشهر و عشراً»(۳) و به عمل الکلینی و هو دال علی عدم الخیار له و الّا لم یحتج الی الطلاق و مع تساقطهما یرجع الی اصاله اللزوم و علیه فالاقوی عدم الخیار فیه.

و اما الإفضاء فیدل علیه صحیح أبی عبیده، عن أبی جعفر (علیه السلام) قال «فی رجل تزوّج امرأه من ولیّها فوجد بها عیبا بعد ما دخل بها، فقال: إذا دلّست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفضاه و من کان بها زمانه ظاهره فإنّها تردّ علی أهلها من غیر طلاق - الخبر».

ص:۳۳۰

۱- قرب الإسناد (ط - الحدیثه) ص: ۲۴۹ح۹۸۴ و نسب الوسائل روایته إلی الکافی ولیس فیه.

۲- الی هنا رواه الکافی راجع وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۳۲۶ باب ۵۷ ح ۱

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۶۵ح۷۴

و لايخفى دلاله ذيل الصحيح «و من كان بها زمانه ظاهره فإنّها تردّ على أهلها من غير طلاق» على الإقعاد ايضا.

و أمّا العمى فيشهد له صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام) قال: «تردّ العمياء و البرصاء و الجذماء و العرجاء».

و صحيح داود بن سرحان، عن الصّادق (عليه السلام) فى الرّجل يتزوّج المرأه فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: تردّ على وليّها و يكون لها المهر على وليّها، و إن كان بها زمانه لا يراها الرّجال أجيز شهاده النساء عليها»(۱).

و بذلك أفتى المفيد و المرتضى و الإسكافىّ و الدّيلمىّ و الحلبىّ و القاضى و ابن حمزه و الحلىّ، و به قال النهايه و هو المفهوم من الفقيه و لكن المقنع تردد مثل الكافى حيث لم يروه و أفرط المهذّب، فجعله عيبا فى الرجل أيضا.

هذا، و لم يعدّ فى عيوبها العرج و قد عرفت دلاله صحيح ابن مسلم و ابن سرحان المتقدّمين عليه و قد عمل الاصحاب فى الصحيحين فى مورد العمى فلا بدّ أن يعملوا بهما فى العرج. لكن ظاهر الكافى عدمهما حيث لم يروِ واحدا منهما كما

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۲۴ح۵

أنّ «المقنع نسبه الى الروايه فقال: «وروى أنّ العمياء و العرجاء تردّ»(۱) و لكن قال بهما الإسكافىّ و المفيد و الحلبىّ و الدّيلمىّ و القاضى.

كما و لم يـذكر المصـنف من موارد الفسـخ زنا الزّوجه قبل زواجها و ان علم به الزوج بعـد الـدخول كما فى صـحيح معاويه بن وهبٍ قـال: «سـألت أبـا عبـد اللّه (عليه السـلام) عن رجلٍ تزوّج امرأةً فعلم بعـد ما تزوّجها أنّها كانت زنت قال إن شاء زوجها أن يأخذ الصّداق من الّذى زوّجها و لها الصّداق بما استحلّ من فرجها و إن شاء تركها»(۲).

و صـحيح الحلبىّ عن الصّادق (عليه السـلام): «سأله عن المرأه تلد من الزّنا و لا يعلم بذلك أحد إلّا وليّها أ يصلح له أن يزوّجها و يسـكت على ذلـك إذا كـان قـد رأى منها توبه أو معروفا، فقال: إن لم يـذكر ذلك لزوجها، ثمّ علم بعـد ذلك فشاء أن يأخذ صداقها من وليّها بما دلّس عليه كان له ذلك على وليّها، و كان الصداق الذى أخذت لها لا سبيل عليها فيه بما استحلّ من فرجها و إن شاء زوجها أن يمسكها فلا بأس»(۳) قلت: و اما معنى الرّجوع على الولىّ فيهما فالمراد به الفسخ.

ص:۳۳۲

۱- المقنع (للصدوق)، المتن، ص: ۳۱۴

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۵۵ح۴

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۰۸ح۱۵

و یؤیـده خبر عبـد الرّحمن «عنه (علیه السـلام): سألته عن رجل تزوّج امرأه فعلم بعد ما تزوّجها أنّها قد کانت زنت؟ قال: إن شاء زوجها أخذ الصّداق ممّن زوّجها و لها الصّداق بما استحلّ من فرجها و إن شاء ترکها»(۱) .

و اما خبر رفاعه، عن الصّادق (علیه السـلام): «سألته عن المحـدود و المحدوده هل تردّ من النکاح؟ قال: لا- الخبر»(۲) الدل علی عدم الخیار فضعیف سندا و اخص مما تقدم.

هذا و قال المفید و الدّیلمیّ و الإسکافیّ و الحلبیّ و القاضی: بردّ المحدوده، و لم نقف لهم علی مستند بالخصوص.

هـذا و قال الصّدوق فی المقنع: «بأنّ الرّجل لو زنا قبل الدّخول یحصل الفسخ و یعطیها نصف الصّداق لأنّ الحدث من قبله، و إذا زنت المرأه قبل الدّخول فرّق بینهما و لا صداق لها لأنّ الحدث من قبلها»(۳).

و یشهد لقوله الأوّل صحیح علیّ بن جعفر، عن أخیه (علیه السلام): «سألته عن رجل تزوّج بامرأه فلم یدخل بها فزنا ما علیه؟ قال: یجلد الحدّ و یحلق رأسه و یفرّق بینه و بین أهله و ینفی سنه»(۴)، و خبر طلحه بن زید، عن جعفر بن محمّد، عن أبیه علیهما

۱- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۲۴۵ح۲

۲- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۲۴۵ح۱

۳- المقنع (للصدوق) ص: ۳۲۶

۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۸۹ح۱۷۴

السّلام «قرأت فی کتاب علیّ (علیه السلام) أنّ الرّجل إذا تزوّج المرأه فزنی قبل أن یدخل بها لم تحلّ له لأنّه زان و یفرّق بینهما و یعطیها نصف المهر»(۱).

و فیه: انهما اشتملا علی حرمه الزوج بذلک و لم یفت بذلک احد عدا المقنع .

و یشهد لقوله الثانی صحیح الفضل بن یونس، عن الکاظم (علیه السلام) سألته عن رجل تزوّج امرأه فلم یدخل بها فزنت، قال: یفرّق بینهما و تحدّ الحدّ و لا صداق لها»(۲).

و خبر إسماعیل بن أبی زیاد، عن جعفر بن محمّد، عن أبیه علیهما السّلام: «قال علیّ (علیه السلام) فی المرأه إذا زنت قبل أن یدخل بها زوجها، قال: یفرّق بینهما و لا صداق لها لأنّ الحدث من قبلها»(۳).

و فیه: انهما اشتمل علی حرمه الزوجه بذلک و لم یفت بذلک احد عدا المقنع , و علیه فلا وثوق بما بها.

حصیله البحث:

ص:۳۳۴

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۱۶

۲- الفقیه، ج ۳، ص: ۴۱۶ والتهذیب ج ۷، ص: ۴۸۹ح۱۷۷وسند التهذیب صحیح.

۳- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۱۶

عیوب المرأه: الجنون و الجذام و البرص و العمی و الإقعاد و القرن و ان امکن وطء القرناء و الإفضاء و العفل و العرج و زنا الزّوجه قبل زواجها و ان علم به الزوج بعد الدخول و اما الرّتق فلم یثبت کونه موجبا للفسخ .

و لا خیار لو تجدّدت بعد العقد

(و لا خیار لو تجدّدت بعد العقد)

لاصاله اللزوم و صریح صحیح عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه عن الصادق (علیه السلام) قال: «المرأه ترد من أربعه أشیاء: من البرص و الجذام و الجنون و القرن و هو العفل ما لم یقع علیها فإذا وقع علیها فلا»(1) و مثله غیره و بها تقیّد ما یتوهم منه الإطلاق , و بذلک یظهر ضعف ما ذهب الیه المبسوطان من ثبوت الخیار بالتجدّد لإطلاق الأخبار .

(أو کان یمکن وطی الرّتقاء و القرناء و العفلاء)

ذکر ذلک المبسوط و تبعه القاضی لکن إن أرید به بدون المشقّه فمجرّد فرض و معها فیردّه صحیح أبی الصبّاح المتقدّم ففیه «و لا یقدر زوجها علی مجامعتها» و المراد لا یقدر بدون المشقّه لأنّ فی ذیله «فإن کان دخل بها» و مثله صحیح أبی

1- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج 5، ص: 409ح16

عبیده المتقدّم «فوجد بها عیبا بعد ما دخل بها» و فی صحیح الحلبیّ المتقدّم بعد ذکر العفل و غیره «قلت: أ رأیت إن کان قد دخل بها» و غیرها.

(أو علاجه)

عند المصنف و ذلک لانصراف الاطلاقات عرفا إلی ما هو المستقر الثابت فلا یجری الخیار, نعم بمقتضی الجمود علی الإطلاقات المتقدمه یجری الخیار, و الاقوی هو الاول.

و خیار العیب علی الفور

(و خیار العیب علی الفور)

و یشهد لذلک ظاهر صحیح الحسن بن صالح المتقدم «فی القرناء: قلت: فإن کان دخل بها؟ قال: إن کان علم بها قبل أن یجامعها ثمّ جامعها فقد رضی بها و إن لم یعلم إلّا بعد ما جامعها، فإن شاء بعد أمسکها و إن شاء سرّحها إلی أهلها- الخبر»(۱) و مثله فی الدلاله صحیح أبی الصبّاح المتقدم ففیه «قال: إن کان علم بذلک قبل أن ینکحها - یعنی المجامعه - ثمّ جامعها فقد رضی بها و إن لم یعلم إلّا بعد ما

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۹ح۱۷

جامعها فإن شاء بعد أمسكها و إن شاء طلّق»(۱) و الظاهر أنّ المراد بقوله «طلّق» سرّح كما فی الخبر الأوّل.

و اما خبر عبد الرّحمن بن أبی عبد اللّه قال فی الرّجل: «إذا تزوّج المرأه فوجد بها قرنا و هو العفل أو بیاضا أو جذاما أنّه یردّها ما لم یدخل بها»(۲) فالمراد به الدخول بعد العلم بقرینه الصحیحین المتقدمین وحملا للمطلق علی المقید .

و لا یشترط فیه الحاکم

(و لا یشترط فیه الحاکم)

لاطلاق الادله المتقدمه و عن الإسکافیّ: «و إذا أریدت الفرقه لم یکن إلّا عند من یجوز حکمه من والی المسلمین أو خلیفته أو محضر من المسلمین إن کانا فی بلد هدنه أو سلطان متغلّب»(۳) .

و فیه: انه لا دلیل علیه و قیاسه علی المرأه باطل لا نقول به.

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۲۷ح۱۵

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۷ح۱۲

۳- النجعه ج۹ ص ۱۱۷

و ليس الفسخ بطلاق

(و ليس الفسخ بطلاق)

و الدّليل عليه سقوط الفسخ بعلم الرّجل بعيب المرأه و دخوله بها بخلاف الطّلاق فانه يصحّ أبدا و الطّلاق بيد الرّجل فقط و الفسخ قد يكون للمرأه .

و يشترط الحاكم فى ضرب أجل العنّه

(و يشترط الحاكم فى ضرب أجل العنّه)

كما فى صحيح أبى حمزه، عن الباقر (عليه السلام) قال: «فإن تزوّجها و هى بكر فزعمت أنّه لم يصل إليها، فإنّ مثل هذا يعرف النساء فلينظر إليها من يوثق به منهنّ فإذا ذكرت أنّها عذراء فعلى الإمام أن يؤجّله سنه، فإن وصل إليها و إلّا فرّق بينهما و أعطيت نصف الصّداق و لا عدّه عليها»(1) و غيره .

و يقدم قول منكر العيب مع عدم البيّنه

(و يقدم قول منكر العيب مع عدم البيّنه)

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۱۱ ح۷

لاصاله عدمه و يشهد لذلك ايضا صحيح أبى حمزه، عن الباقر (عليه السلام): إذا تزوّج الرّجل المرأه الثيّب الّتى قد تزوّجت زوجا غيره، فزعمت أنّه لم يقربها منذ دخل بها، فإنّ القول فى ذلك قول الرّجل و عليه أن يحلف باللّه لقد جامعها لأنّها المدّعيه- الخبر»(۱).

هذا و لو كانت هنالك اماره على صدقها كان هو المدعى و هى المنكره و قد ورد استعلام الامر من خلال الاستخبار كما فى مرسله عبد اللّه بن الفضل الهاشمى قال: «قالت امرأه لأبى عبد اللّه (عليه السلام) و سأله رجل عن رجل تدّعى عليه امرأته أنّه عنّين و ينكر الرّجل؟ قال: تحشوها القابله بالخلوق و لا تعلم الرجل و يدخل عليها الرّجل فإن خرج و على ذكره الخلوق صدّق و كذّبت و إلّا صدّقت و كذّب»(۲).

و خبر غياث بن إبراهيم، عنه (عليه السلام) قال: «ادّعت امرأه على زوجها على عهد أمير المؤمنين (عليه السلام) أنّه لا يجامعها، و ادّعى أنّه يجامعها فأمرها أمير المؤمنين (عليه السلام) أن تستذفر بالزعفران، ثمّ يغسل ذكره، فإن خرج الماء أصفر صدّقه و إلّا أمره بطلاقها»(۳).

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۱۱ح۷

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۱۱ح۸

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۱۲ح۱۱

و قال فی الفقیه: قال الصّادق (علیه السلام): «إذا ادّعت المرأه علی زوجها أنّه عنّین و أنكر الرّجل أن یكون كذلك فالحكم فیه أن یقعد الرّجل فی ماء بارد فإن استرخی ذكره فهو عنّین و إن تشنّج فلیس بعنّین»(۱) و به أفتی الصدوقان.

و قال: و روی فی خبر آخر «أنّه یطعم السمک الطریّ ثلاثه أیّام ثمّ یقال له: بُل علی الرّماد، فإن ثقب بوله الرّماد فلیس بعنّین و إن لم یثقب بوله الرّماد فهو عنّین»(۲).

اقول: فهذه اربع امارات لا اشكال فی الاول و الثانی منهما من جهه الوثوق بخبرهما ومن جهه انهما یورثان الوثوق ایضا, و لا یبعد الوثوق بالخبر الثالث ایضا, واما الرابع فلا وثوق به.

و لا مهر للزوجه ان كان الفسخ قبل الدخول

(و لا مهر للزوجه ان كان الفسخ قبل الدخول فی جمیع العیوب)

حسب ما تقتضیه القاعده فان الاصل عدم المهر الّا ما خرج بالدلیل.

ص:۳۴۰

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۵۵۰

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۵۵۰

إلّا فى العنّه فنصفه

(إلّا فى العنّه فنصفه)

كما يشهد لذلك صحيح ابى حمزه المتقدم ففيه «فإذا ذكرت أنّها عذراء فعلى الإمام أن يؤجّله سنه فإن وصل إليها و إلّا فرّق بينهما و أعطيت نصف الصداق و لا عدّه عليها»(۱).

و ذهب الإسكافىّ إلى تمام المهر بناء على أصله من كون الخلوه التامّه موجبه لجميع المهر وقد تقدم ضعفه.

(و إن كان) الفسخ (بعد الدخول فالمسمى) لاستقراره به (و يرجع) الزوج (على المدلس)

إن كان كما فى عده اخبار منها صحيح أبى عبيده، عن الباقر (عليه السلام) «فى رجل تزوّج امرأه من وليّها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها فقال: إذا دلّست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفضاه و من كان بها زمانه ظاهره، فإنّها تردّ على أهلها من غير طلاق، و يأخذ الزّوج المهر من وليّها الذى كان دلّسها فإن لم يكن وليّها علم بشى ء من ذلك فلا شى ء عليه، و تردّ إلى أهلها، قال: و إن أصاب الزّوج شيئا ممّا

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۱۱ ح۷

أخذت منه فهو له، و إن لم يصب شيئا فلا شى ء له- الخبر»(۱)و اما ما فى ذيله: «وإن لم يصب شيئا فلا شى ء له»فلا يخلو من اجمال ولعل المراد: أنّه شى ء فاته أو شى ء لا ينبغى له طلبه.

و لو كانت هى المدلسه رجع عليها كما فى صحيح داود بن سرحان والحلبى عن الصّادق (عليه السلام) «فى رجل ولّته امرأه أمرها أو ذات قرابه أو جار لها لا يعلم دخيله أمرها فوجدها قد دلّست عيبا هو بها، قال: يؤخذ المهر منها، و لا يكون على الذى زوّجها شى ء»(۲).

حصيله البحث:

لا خيار لو تجدّدت العيوب المتقدمه بعد العقد أو بعد علاجه إلّا أن تمتنع المرأه, و خيار العيب على الفور و لا يشترط فيه الحاكم و ليس بطلاقٍ، و يشترط الحاكم فى ضرب أجل العنّه و يقدّم قول منكر العيب مع عدم البيّنه، و لو كانت هنالك اماره على صدقها كان هو المدعى و هى المنكره , و حيث يثبت لا مهر إن كان الفسخ قبل الدّخول إلّا فى العنّه فنصفه، و إن كان بعد الدّخول فالمسمّى و يرجع به على المدلّس .

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۰۸ح۱۴

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۰۷ح۱۰

حکم ما لو تزوّج امرأه علی أنّها حرّه فظهرت أمه

(و لو تزوّج امرأه علی أنّها حرّه فظهرت أمه فله الفسخ)

و استدل له بخبر إسماعیل بن جابر، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن رجل نظر إلی امرأه فأعجبته فسأل عنها فقیل: هی ابنه فلان فأتی أباها فقال: زوّجنی ابنتک فزوّجه غیرها فولدت منه فعلم بعد أنّها غیر ابنته و أنّها أمه، قال: یردّ الولیده علی مولاها و الولد للرّجل- الخبر»(1).

و فیه: انه مع ضعفه سندا بمحمد بن سنان انه انما قصد العقد علی ابنته التی اعجبته و اما التی دلسها الاب فالعقد علیها باطل لعدم القصد الیها بلا فرق بین کونها حره ام امه.

و علیه فلا دلیل لنا بالخصوص و انما دلیله عموم المؤمنین عند شروطهم بلا فرق بین کون الشرط لفظیا ام ضمنیا ام ارتکازیا.

و اما ما قاله الشیخ فی المبسوط: «إذا تزوّج امرأه علی الإطلاق یعتقدها حرّه فإذا هی أمه و کان الرّجل ممّن تحلّ له الأمه بحصول الشّرطین عدم الطول و خوف العنت فالنکاح صحیح»الدال علی کفایه اعتقاد الحریه فی کون الفسخ له فهو ان بمثابه الشرط الضمنی او الارتکازی العرفی کفی و الّا فلا کما لا یخفی.

ص:۳۴۳

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۸ح۱۳

(و كذا تفسخ لو تزوّجته على أنه حرّ فظهر عبدا و لا مهر لها بالفسخ قبل الدخول و يجب جميع المهر بعده)

كما فى صحيح محمّد بن قيس، عن أبى جعفر (عليه السلام) قال:«قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى امرأه حرّه دلّس لها عبد فنكحها و لم تعلم إلّا أنّه حرّ، قال: يفرّق بينهما إن شاءت المرأه»(۱).

و صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن امرأه حرّه تزوّجت مملوكا على أنّه حرّ، فعلمت بعد أنّه مملوك؟ قال: هى أملك بنفسها إن شاءت قرّت معه و إن شاءت فلا، فإن كان دخل بها فلها الصّداق، و إن لم يكن دخل بها فليس لها شى ء- الخبر»(۲).

و لو شرط كونها بنت مهيره فظهرت بنت أمه

(و لو شرط كونها بنت مهيره فظهرت بنت أمه فله الفسخ)

بدليل عموم المؤمنين عند شروطهم كما تقدم, و الاستدلال له بصحيح محمّد بن مسلم الصّادق (عليه السلام): «سألته عن الرّجل يخطب إلى الرجل ابنته من مهيره فأتاه بغيرها؟ قال: تردّ إليه الّتى سمّيت له بمهر آخر من عند أبيها، و المهر الأوّل للّتى

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۱۰ح۱

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۱۰ح۲

دخل بها»(۱) غیر صحیح لما تقدم من انه انما قصد العقد علی ابنته التی من مهیره و اما التی دلسها الاب فالعقد علیها باطل لعدم القصد الیها, و بمضمونها روایات اخر ایضا .

(فان کان قبل الدخول فلا مهر لها و ان کان بعده وجب المهر و یرجع به علی المدلّس)

کما تقدمت النصوص الداله علیه و لان المغرور یرجع علی من غره.

(فإن کانت هی) المدلسه (رجع علیها) بالمسمی (إلّا بأقل مهر)

کما حکی عن الشیخ و استدل له «بأن الوطء المحترم لا یخلو عن مهر و حیث ورد النص برجوعه علی المدلس فیقتصر فیما خالف الأصل علی موضع الیقین و هو ما ذکر»(۲).

و فیه: انه اذا ورد النص برجوعه فاللازم العمل بالنص و لا وجه للاقتصار علی ما قال فانه اجتهاد قبال النص.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۶ح۵

۲- الروضه البهیه ج۲ ص۱۲۷

حکم ما لو شرطها بکرا فظهرت ثیّبا

(و لو شرطها بکرا فظهرت ثیّبا فله الفسخ) بمقتضی الشرط (إذا ثبت سبقه) أی سبق الثیبوبه (علی العقد) و إلّا فقد یمکن تجدده بین العقد و الدخول بنحو الخطوه و الحرقوص.

اقول: لا شک فی حکم الفرع المذکور لکنّه خارج من مورد الأخبار و کلام الأصحاب فانهم لم یصرّحوا بانه اشترط البکاره و إنّما قالوا: تزوّجها علی أنّها بکر کما هو الأصل فی المرأه کالحرّیّه فی الرّجل و المرأه، و اختلفوا مع التزوّج علی البکریّه بانه هل ینقص المهر أم لا؟ فصرّح بالعدم الحلبیّ فقال: «إذا تزوّج بکرا فوجدها ثیّبا فأقرّت الزّوجه بذلک حسب أو قامت به البیّنه فلیس بعیب یوجب الرّدّ و لا نقصانا فی المهر» و هو ظاهر المفید حیث قال: «و متی تزوّج امرأه علی أنّها بکر فوجدها ثیّبا لم یکن له ردّها، و لم یجز له قذفها بفجور لأنّ العذره قد تزول بالمرض و الطفره و أشباه ذلک» و ذهب إلیه الشیخ و القاضی و ابن حمزه و الحلّی، لکن الأوّلین قالوا: ینقص من مهرها شی ء، و قال الحلی: ینقص من مهرها بنسبه ما بین مهر البکر و الثیب کما اشار الیه المصنف بقوله: (و قیل لا فسخ و لکن ینقص من مهرها بنسبه ما بین مهر البکر و الثیب) فإذا کان المهر المسمی مائه و مهر مثلها بکرا مائه و ثیبا خمسون نقص منه النصف .

ص:۳۴۶

و الأصل فی المسأله صحیح محمّد بن جزک قال: «کتبت إلی أبی الحسن (علیه السلام) أسأله عن رجل تزوّج جاریه بکرا فوجدها ثیّبا هل یجب لها الصّداق وافیا أم ینتقص؟ قال:ینتقص»(۱) و هو ساکت بالنسبه الی مقدار ما ینقص من مهرها و المنصرف منه عرفا ما قاله الحلی و الّا لکان علی الامام (علیه السلام) التصریح بانتقاص شیء منه.

و اما صحیح محمّد بن قاسم بن فضیل، عن أبی الحسن (علیه السلام) «فی الرّجل یتزوّج المرأه علی أنّها بکر فیجدها ثیّبا أ یجوز له أن یقیم علیها، قال: فقال: قد تفتق البکر من المرکب و من النزوه»(۲) فلا دلاله له علی عدم الفسخ لو ثبت عدم بکارتها بوجه اخر.

ثمّ إنّ الرّاوندیّ قال بنقص سدس منه لأنّ الشـی ء شرعا السّدس لکنّه کما تری فالشی ء لیس فی الخبر و إنّما قاله الشیخ استنادا إلی الخبر: «إذا وجدها ثیّبا یجوز أن ینقص من مهرها شی ء».

ص:۳۴۷

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۱۳ح۲ و رواه التهذیب فی ۳۵ من مهوره «عن محمّد بن أحمد بن یحیی، عن عبد اللّه بن جعفر، عن محمّد بن جزک» و الظاهر و همه فإنّ الکافی رواه، عن «محمّد بن یحیی» لا، عن «محمّد بن أحمد بن یحیی، عنه، عنه» و لم نقف علی روایه محمّد بن أحمد بن یحیی، عن عبد اللّه بن جعفر فی روایه غیره .

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۱۳ح۱

و الحلّی أیضا لم یقتصر علی ما بین المهرین فقال: أوّلا بنسبه ما بین البکر و الثیب، ثمّ قال: «و ذلک یختلف باختلاف الجمال و السّنّ و الشّرف و غیر ذلک فلأجل هذا قیل ینقص من مهرها شی ء منکّر غیر معرّف».

و یردّ علیه ما مرّ من أنّ «شیئا» لیس فی الخبر بل کلامه الأخیر غلط فالقول باختصاص مهرها بالنسبه إلی شخصها بکرا و ثیّبا لا نوع النساء، و إلّا فقد تکون ثیّب أکثر جمالا من بکر و أقلّ سنّا من بکر فلا ینقص مهر الثیب بل یکون حینئذ أکثر عند النّاس کما إذا کانت الثیّب فی بیت شرف و البکر فی بیت غیر شرف.

و احتمل بعض المتأخّرین إرجاع المهر إلی التنصیف للأخبار المشتمله علی أنّه یردّ مع أمه بکر عشر قیمتها و أمه ثیّب نصف عشر قیمتها لکنّه قیاس، و الصحیح حمله علی النقص بالنسبه إلیها ثیّبا و بکرا کما تقدم للفهم العرفی من الصحیح.

حصیله البحث:

لو تزوّج امرأهً علی أنّها حرّهٌ فظهرت أمهً فله الفسخ، و کذا تفسخ لو تزوّجته علی أنّه حرٌّ فظهر عبداً، و لا- مهر بالفسخ قبل الدّخول و یجب بعده، و لو شرط کونها بنت مهیرهٍ فظهرت بنت أمهٍ فله الفسخ، فإن کان قبل الدّخول فلا مهر و إن کان بعده وجب المهر، و یرجع به علی المدلّس و لو کانت هی، و لو شرطها بکراً فظهرت ثیّباً فله الفسخ إذا ثبت سبقه علی العقد، و ینقص من مهرها بنسبه ما بین مهر البکر و الثّیب.

(الفصل الثامن فی القسم و النشوز و الشقاق)

فی القسم

أمّا القسم بالفتح فهو قسمه لیالیه علی زوجاته، و أمّا النشوز فخروج أحدهما عن وظیفته و أمّا الشقاق فخروج کل منهما عن وظیفته فإنّ لکل منهما حقوق علی الاخر فیجب علی الزوج رعایتها من الکسوه و الإطعام و القسمه وغیرها، و أمّا الزّوجه فالواجب علیها طاعه الزّوج بالإجابه کلّما دعاها للمواقعه أو المضاجعه و عدم خروجها من بیته إلّا باذنه و اما غیر ذلک ففیه کلام.

و یجب للزوجه الواحده لیله من أربع

(و یجب للزوجه الواحده لیله من أربع و علی هذا فاذا تمّت الأربع فلا فاضل له)

اقول: مقتضی عباره المصنف أنّ القسمه تجب ابتداء و ذلک لورود الأمر بها مطلقا، و الیه ذهب الدّیلمیّ و القاضی و الحلیّ و هو ظاهر المفید، قال تعالی {واللّاتِی تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِی الْمَضاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ} فإنّه دالّ علی أنّه لولا خوف النشوز لما کان وجه لهجرها فی المضجع کما فی ضربها فیکون

دالا ـ علی وجوب المضاجعه بـدونه و لیس مورده تعـدّد الزّوجه بـل للعموم فالخطاب لعموم الأزواج و الأغلب من کان ذا زوجه واحده.

مضافا الی صـحیح زراره «سئل أبو جعفر (علیه السلام) عن المهاریه یشترط علیها عند عقده النکاح أن یأتیها متی شاء کلّ شهر و کلّ جمعه یوما و من النفقه کذا و کذا، قال: لیس ذلک الشرط بشی ء و من تزوّج امرأه فلها ما للمرأه من النفقه و القسمه و لکنّه إذا تزوّج امرأه فخـافت منه نشوزا أو خـافت أن یتزوّج علیهـا أو یطلّقهـا فصالحته من حقّها علی شـی ء من نفقتها أو قسـمتها فإنّ ذلک جائز لا بأس به»(۱) و قد دلّ علی أنّ القسمه کالنفقه لمطلق الزّوجه.

و قد یستدل لوجوب القسمه ابتداء بما یلی:

أ- بموثقه عبـد الرحمن بن ابی عبـد اللّه عن ابی عبـد اللّه (علیه السـلام): «سألته عن الرجل یتزوج الامه علی الحره قال: لا یتزوج الا ـ مه علی الحره و یتزوج الحره علی الا ـ مه. و للحره لیلتـان و للأمه لیله»(۲) و مـا هو بمضـمونها. ورد: بان من المحتمل ان یکون المقصود من ذلک انه لو أراد المبیت فیلزمه تخصـیص الحره بلیلتین و الأمه بلیله واحـده لا ان ذلک واجب علیه ابتـداء. وفیه: ان هذا الاحتمال مخالف للظهور العرفی فلا عبره به.

ص:۳۵۰

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۳ح۴

۲- وسائل الشیعه ۱۵: ۸۸ الباب ۸ من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۳

ب - و بصحيحه محمد بن مسلم المتقدمه حيث ورد فيها «فان شاء ان يتزوج اربعه نسوه كان لكل امرأه ليله»، فان مقتضى اطلاقها ان لكل امرأه من الاربع ليله سواء شرع فى القسمه أم لا. ورد: بان المقصود من جمله «كان لكل امرأه ليله» عدم جواز تفضيل بعضهن على بعض لا استحقاق كل واحده ليله، و لا أقل من احتمال ذلک، و معه لا يصح التمسک بالاطلاق.

و فيه: ان هذا الاحتمال مخالف للظهور العرفى فلا عبره به.

ج - و باطلاق قوله تعالى: {وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}(۱) بتقريب انه يدل على وجوب فعل كل ما هو مصداق للمعاشره بالمعروف، و من جملته المبيت عند الزوجه, و الاطلاق المذكور حجه ما لم يدل دليل على تقييده، و حيث لم يدل دليل على نفى وجوب المبيت ابتداء فيكون الاطلاق محكّما.

هذا و للشيخ فى المبسوط قول بأنّها لا تجب إلّا إذا ابتدأ بها و تبعه ابن حمزه. و يمكن الاستدلال لهما بالبيانين التاليين:

۱- التمسک باصاله البراءه عن وجوب التقسيم ابتداء بعد قصورصحيحه محمد بن مسلم: «سألته عن الرجل تكون عنده امرأتان و احداهما أحبّ إليه من الاخرى، قال: له أن يأتيها ثلاث ليال و الاخرى ليله، فان شاء أن يتزوج اربع نسوه كان لكل

۱- النساء: ۱۹

امرأه لیله فلذلک کان له ان یفضّل بعضهن علی بعض ما لم یکنّ أربعا»(۱) و ما هو بمضمونها عن افادته.

و فیه: انه لاقصور فی الصحیحه و ما بمعناها عن افادته کما تقدم.

۲- التمسک بموثقه اسحاق بن عمار حیث: «سأل ابا عبد اللّه (علیه السلام) عن حق المرأه علی زوجها قال: یشبع بطنها و یکسو جثتها و ان جهلت غفر لها»(۲) و ما هو بمضمونها، بتقریب انها بصدد بیان حق الزوجه علی زوجها و لم یذکر منه المبیت عندها فیدل ذلک علی عدم وجوبه ابتداءً.

وفیه: انها لیست فی مقام الحصر بقرینه انها لم تذکر مواقعتها التی هی من جمله حقوقها الواجبه ایضا.

(و لا فرق بین الحرّ و العبد و الخصیّ و العنّین و غیرهم)

و ذلک لإطلاق ما تقدم من الأمر فی القسم و لأنّ القسم لیس للوقاع کما فی صحیح ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن إبراهیم الکرخیّ قال: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن رجل له أربع نسوه فهو یبیت عند ثلاث منهنّ فی لیالیهنّ و یمسّهنّ فإذا بات عند الرّابعه فی لیلتها لم یمسّها فهل علیه فی هذا إثم؟ فقال: إنّما

۱- وسائل الشیعه ۱۵: ۸۱ الباب ۱ من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۳

۲- وسائل الشیعه ۱۵: ۲۲۳ الباب ۱ من أبواب النفقات الحدیث ۳

علیه أن یبیت عندها فی لیلتها و یظلّ عندها صبیحتها، و لیس علیه إثم إن لم یجامعها إذا لم یرد ذلک»(۱).

و قد دلت علی ان المبیت واجب لا المواقعه مضافا لأصاله البراءه بعد عدم الدلیل علی وجوبها.

و تسقط القسمه بالنشوز

(و تسقط القسمه بالنشوز)

أمّا السقوط بالنشوز فیدلّ علیه الکتاب قال تعالی {واللّاتِی تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِی الْمَضاجِعِ}.

(و السفر)

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۶۴ح۳۴

و أمّا السقوط بالسفر فلم يرد فى النصوص فيرجع فيه الى مقتضى القاعده و هو ان يقسم ما قدر عليه و لو بان يصطحبها معه لان مقدمه الواجب واجبه و الّا فيسقط التكليف عنه و لاد ليل بعد السقوط على وجوب القضاء.

و أمّا سفره بإحداهنّ مع تعددهن مع عدم التمكن من اصطحابهن معه فحيث لا نص و القرعه لكل امر مجهول فيستخرج من يصطحبها بالقرعه و لا يجب عليه القضاء لعدم الدليل.

و أمّا سفرها فإن امكن ان يؤدى حقها فهو و الّا سقط سواء كان سفرها لواجب أو جائز بإذنه.

و يختصّ الوجوب باللّيل

(و يختصّ الوجوب باللّيل)

و اما صبيحه كلّ ليله مع صاحبتها فذهب إلى وجوب الإقامه صبيحه اللّيله الإسكافيّ و ظاهر القاضى فقال الأوّل: «العدل بين النساء إذا كنّ حرائر مسلمات أن لاـ يفضّل إحديهنّ على الأخرى فالواجب لهنّ التبييت باللّيل و قيلوله صبيحه تلك اللّيله، كان ممنوعا من الوطى أو لا»، و قال الثانى فى مهذّبه: «إذا كان عنده أكثر من زوجه كان له أن يغشى بعضهنّ دون بعض ليس عليه إلّا المبيت عند كلّ واحده منهنّ فى ليلتها و يقيل عندها».

ص:۳۵۴

و یشـهد لذلک صـحیح ابن محبوب و هو من اصـحاب الاجماع عن إبراهیم الکرخیّ قال: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السـلام) عن رجـل له أربع نسوه فهو یبیت عنـد ثلاث منهنّ فی لیالیهنّ و یمسّـهنّ فإذا بات عنـد الرّابعه فی لیلتها لم یمسّـها فهل علیه فی هـذا إثم؟ فقـال: إنّمـا علیه أن یبیت عنـدها فی لیلتهـا و یظـلّ عنـدها صبیحتها، و لیس علیه إثم إن لم یجامعها إذا لم یرد ذلک»(۱) و الظـاهر أنّ المراد بالصبیحه أوّل النّهار بحیث تسـمّی صبیحه عرفا لکن سـیاتی ان المراد منها یوم بعـد تلک اللّیله بقرینه النصوص الاتیه.

(و أما النهار فلمعاشه) ان لم یدل الدلیل علی وجوب القسمه فیه.

(إلّا فی نحو الحارس فتنعکس) فیکون نهاره بحکم اللیل و لیله بحکم النهار و ذلک للفهم العرفی مما تقدم من النصوص.

هـذا و ذهب المبسوط إلی وجوب الإقامه فی النّهار أیضا و تبعه ابن حمزه، فقال الأوّل: «قد بیّنا أنّ القسـمه تکون لیلا فکلّ امرأه قسم لهـا لیلاـ فـإنّ لها نهار تلک اللّیله، فإن أراد أن یبتـدء بالنّهار جاز و إن أراد أن یبتـدء باللّیل جاز، لکن المسـتحبّ أن یبتـدء باللّیل لأنّه مقـدّم علی النّهار لأنّ الشـهور تؤرّخ باللّیل لأنّها تـدخل باللّیل، و متی أراد الدّخول إلی غیر صاحبه القسم فلا یخلو أن یکون نهارا أو لیلا، فإن کان نهارا فیدخل علیها عیاده لها أو زیاره أو فی حاجه لتحدّثها أو

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۶۴ح۳۴

يعطيها النفقه و ما يجرى هذا المجرى فإنّ له ذلك ما لم يلبث عندها فيجامعها لأنّ النّبيّ (صلى الله عليه و آله) كذا كان يفعل و أمّا الدّخول إليها ليلا فلا يجوز سواء عادها أو زارها أو أراد السّلام عليها أو يعطيها النفقه لأنّ جميع اللّيل حقّ لغيرها- إلخ».

و قال الثانی: «فإن تزوّج بأربع و كنّ حرائر بات عند كلّ واحده ليله إذا قسم، و نهارها تابع لها».

بل هو المفهوم من المفيد فقال: «و من كان له ثلاثه أزواج فيقسم لكلّ واحده يوما و لثالثه إن شاء يومين، قال: فإن كان له أربع نسوه يجعل لكلّ واحده منهنّ يوما- إلخ»(۱).

و يدلّ على ذلک صحيح علىّ بن جعفر، عن أخيه (عليه السلام): سألته عن رجل له امرأتان قالت إحداهما: ليلتى و يومى لک يوما أو شهرا أو ما كان أ يجوز ذلک؟ قال: إذا طابت نفسها و اشترى ذلک منها فلا بأس»(۲).

و معتبر علىّ بن أبى حمزه، عن أبى الحسن (عليه السلام): «سألته عن قوله تعالى {وإِنِ امْرَأَةٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أَوْ إِعْراضاً} فقال: إذا كان كذلک فهمّ بطلاقها قالت له:

ص:۳۵۶

۱- المقنعه (للشيخ المفيد)؛ ص۵۱۷؛ باب ۱۶ باب القسمه للأزواج.

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۷۴ح ۱۱۰

أمسكنی و أدع لک بعض ما علیک و أحلّلک من یومی و لیلتی، حلّ له ذلک و لا جناح علیهما»(۱).

و یؤیده ما فی مجمع البیان «روی أنّ علیّا (علیه السلام) کان له امرأتان فکان إذا کان یوم واحده لا یتوضّأ فی بیت الأخری»(۲).

و خبر أبی بصیر عن الصّادق (علیه السلام) فی الآیه: «هذا تکون عنده المرأه لا تعجبه فیرید طلاقها فتقول له: أمسکنی و لا تطلّقنی و أدع لک ما علی ظهرک و أعطیک من مالی و أحلّلک من یومی و لیلتی، فقد طاب ذلک له کلّه»(۳).

و فی الفقیه بعد ذکره معنی ما مرّ فی الآیه و من جملته «فتقول له: أمسکنی و لا تطلّقنی و أدع لک ما علی ظهرک و أحلّ لک یومی و لیلتی، فقد طاب ذلک کلّه» روی ذلک المفضّل بن صالح، عن زید الشحّام، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) (۴).

و حینئذ فمقتضی الجمع بین الأخبار حمل الصبیحه علی یوم بعد تلک اللّیله. و أخبار اللّیل المجمله تحمل علی المفصّل من هذه الأخبار.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۴۵ح۱

۲- مجمع البیان ج۲ ص۱۲۱

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۴۵ح۱

۴- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۵۲۰

حصیله البحث:

یجب للزّوجه الواحده لیلهٌ من أربعٍ و علی هذا فإذا تمّت الأربع فلا فاضل، له و لا فرق بین الحرّ و العبد و الخصیّ و العنّین و غیرهم، و تسقط القسمه بالنّشوز و اما السّفر حتی اللازم منه فعلیه ان یقسم بما قدر علیه، و یختصّ الوجوب باللّیل و صبیحه تلک اللیله ولها ذلک الیوم ایضا یعنی لیس له الحق بان یصرفه عند غیرها نعم له ان یصرفه فی معاشه . و اما الحارس فینعکس فیه الامر من حیث المبیت .

و للأمه نصف القسم

(و للأمه نصف القسم)

کما فی صحیح محمّد بن قیس عن الباقر (علیه السلام) قال: «قضی فی رجل نکح أمه، ثمّ وجد طولا- یعنی استغناء- و لم یشته أن یطلّق الأمه نَفِس فیها، فقضی أنّ الحرّه تنکح علی الأمه و لا تنکح الأمه علی الحرّه إذا کانت الحرّه أوّلهما عنده، و إذا کانت الأمه عنده قبل نکاح الحرّه علی الأمه قسم للحرّه الثلثین من ماله و نفسه- یعنی نفقته- و للأمه الثلث من ماله و نفسه»(۱).

ص:۳۵۸

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۲۱ح۶

و صحیح عبد الرّحمن بن أبی عبد اللّه، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن الرّجل یتزوّج الأمه علی الحرّه، قال: لا یتزوّج الأمه علی الحرّه و یتزوّج الحرّه علی الأمه، و للحرّه لیلتان و للأمه لیله»(۱).

و صحیح محمّد بن مسلم، عن أحدهما علیهما السّلام: «سألته عن الرّجل یتزوّج المملوکه علی الحرّه، قال: لا فإذا کانت تحته امرأه مملوکه فتزوّج علیها حرّه قسم للحرّه مثلی ما یقسّم للمملوکه- الخبر»(۲) وغیرها.

هذا، و المفهوم من المفید عدم القسمه للأمه أصلا فقال: «فصل و هذا الحکم فی حرائر النّساء فأمّا الإماء و ملک الیمین منهنّ فله أن یقسم علیهنّ کیف شاء و تقیم عند کلّ واحده منهنّ ما شاء، و لیس للأخری علیه اعتراض فی ذلک بحال»(۳) و یرده النصوص المتقدمه.

(و کذا الکتابیه الحرّه)

لصحیح عبد الرّحمن بن أبی عبد اللّه، عن الصّادق (علیه السلام): «هل للرّجل أن یتزوّج النّصرانیّه علی المسلمه و الأمه علی الحرّه؟ فقال: لا تتزوّج واحده منهما علی

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۲۱ح۷
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۲۱ح۸
۳- المقنعه (بعد باب قسمته) ص ۵۱۸

المسلمه و تتزوّج المسلمه على الأمه و النّصرانيّه، و للمسلمه الثلثان و للأمه و النّصرانيّه الثلث»(۱).

(و للكتابيه الأمه ربع القسمه فتصير القسمه من ستّ عشره ليله)

لاـ نص فيه كمـا فى الأـوّلين، الّـا انّه قيل انه مقتضـى القاعـده. وفيه: ان كلا من العنوانين – الكتابيه والامه – عله مسـتقله للتنصـيف بالنسبه للمسلمه الحره و اما بالنسبه لكل منهما فلا دليل يقتضيه, فالاقوى انها كإحداهما.

و لا قسمه للصغيره و لا المجنونه المطبقه

(و لا قسمه للصغيره و لا المجنونه المطبقه إذا خاف أذاها)

لخروجهمـا عن موضوع الأخبـار، ثمّ لاـ وجه لتقييـده بـالمطبقه و خوف الاـذى فتسـقط للمجنونه غير المطبقه فى حـال جنونهـا و للمجنونه ولو لم يخف اذاها.

و يقسم الولى للمجنون

(و يقسم الولى للمجنون)

ص:۳۶۰

۱– الكافى (ط – الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۵۹ح۵

لا نصّ فی ذلک، و وجوب ذلک علی الولیّ غیر معلوم فالاصل البراءه.

(و تختصّ البکر عند الدخول بسبع لیال و الثیب بثلاث ولاء)

فی المسأله أربعه أقوال:

أحدها هذا الذی ذکره المصنّف و هو للشیخ فی مبسوطه و القاضی فی مهذّبه و هو ظاهر الفقیه حیث روی صحیح ابن أبی عمیر عن غیر واحد، عن محمّد بن مسلم: قلت له: «الرّجل تکون عنده المرأه یتزوّج أخری أله أن یفضّلها؟ قال: نعم، إن کانت بکرا فسبعه أیّام و إن کانت ثیّبا فثلاثه أیّام»(۱).

و هو ظاهر الکافی حیث روی صحیح هشام بن سالم، عن الصّادق (علیه السلام) فی الرّجل یتزوّج البکر قال: یقیم عندها سبعه أیّام»(۲).

و اما خبر عبد الرّحمن بن أبی عبد اللّه، عنه (علیه السلام) «فی الرّجل تکون عنده المرأه فیتزوّج أخری کم یجعل للّتی یدخل بها قال: ثلاثه أیّام ثمّ یقسم»(۳) فمضافا لضعف سنده یحمل علی الثیّب حملا للمطلق علی المقید المتقدم.

ص:۳۶۱

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۲۷

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۶۵ح۳۹

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۶۵ح۴۰

و ثانيها: أنّ الواجب ثلاثه أيّام مطلقا و يجوز مرجوحا أن يخصّص البكر بسبع ليال، و هو للشيخ فى تهذيبيه و نهايته و تبعه ابن ادريس، و وجهه الجمع بين النصوص المتقدمه و بين موثق سماعه بن مهران قال: «سألته عن رجل كانت له امرأه فيتزوّج عليها هل يحلّ له أن يفضّل واحده على الأخرى؟ قال: يفضّل المحدثه حدثان عرسها ثلاثه أيّام إذا كانت بكرا ثمّ يسوّى بينهما بطيبه نفس إحديهما للأخرى»(۱).

و صحيح الحلبىّ عن الصّادق (عليه السلام) - فى خبر - و قال: «إذا تزوّج الرّجل بكرا و عنده ثيّب فله أن يفضّل البكر بثلاثه أيّام»(۲).

و صحيح ابن مسكان عن الحسن بن زياد عنه (عليه السلام) فى خبر قلت: «فيكون عنده المرأه فيتزوّج جاريه بكرا؟ قال: فليفضّلها حين يدخل بها بثلاث ليال، و للرّجل أن يفضّل نساءه بعضهنّ على بعض ما لم يكن أربعا»(۳) الدالّه على اختصاص البكر بثلاث و عدم شى ء للثيّب.

و فيه: انه جمع تبرعى و لم نقف على من أفتى بهذه الاخبار الاخيره فهى معرض عنها فلا وثوق بها.

ص:۳۶۲

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۱۹ح۲

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۱۹ح۳

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۱۹ح۱

و ثالثها: أنّه فی البکر سبعه و فی الثیب إمّا ثلاثه بدون القضاء لسائرهنّ و إمّا سبعه معه، و هو للشیخ فی خلافه و تبعه ابن زهره، و استدلّ الأوّل له بإجماع الفرقه و أخبارهم و ما رواه أنس عن النّبیّ (صلی الله علیه و آله) أنّه قال: للبکر سبع و للثیب ثلاث» و ما روت أمّ سلمه «عنه (صلی الله علیه و آله) أنّه قال: لمّا أدخلت علیه إن شئت سبّعت عندک و سبّعت عندهنّ و إن شئت تثلّثت عندک و درت» و رواهما أبو داود فی سننه مع الاختلاف فی اللّفظ و زاد روایه أنس «أنّ النّبیّ (صلی الله علیه و آله) و سلّم أقام عند صفیّه ثلاثا و کانت ثیّبا».

و فی الخلاف «إنّ هذا التفضّل، و لا یعرفه الصّحابه و الشعبیّ و النّخعیّ من التّابعین- الی ان قال:- و قال به الشّافعیّ و مالک و أحمد و إسحاق، و نقل عن أبی حنیفه و الحکم و حمّاد أنّ السبع فی البکر و الثلاث فی الثیب من حقّ التقدیم لا التّخصیص فیقضیهما لباقی أزواجه».

و یشهد له خبر عبد اللّه بن عبّاس فی حدیث «أنّ النّبیّ (صلی الله علیه و آله) لما تزوّج زینب بنت جحش فأولم و أطعم الناس- إلی أن قال:- و لبث سبعه أیّام بلیالیهن عند زینب ثمّ تحوّل إلی بیت أمّ سلمه- الخبر»(1) و زینب کانت قبله عند زید بن حارثه بتقییده بخبر أم سلمه المتقدم عن کتاب الخلاف و إلّا فلم یقل أحد بتخصیص الثیّب بسبع.

ص:۳۶۳

۱- علل الشرائع، ج ۱، ص: ۶۴

قلت: و خبر ابن عباس ضعيف ومثله باقی الاخبار وهی عامیه لا عبره بها خصوصا و انها معارضه لنصوصنا المعتبره.

و رابعها: أنّه ثلاثه أيّام مطلقا، و هو للمفيد استنادا إلى عموم خبر عبد الرّحمن المتقدّم لإطلاقه.

و فيه: انه ضعيف سندا و لا يعارض ما تقدم من النصوص المعتبره و مقيد بصحيح ابن ابى عمير و عليه فالاقوى هو القول الاول.

حصيله البحث:

و للأمه نصف القسمه و كذا الكتابيّه سواء كانت حرّه ام امه، و لا قسمه للصّغيره و لا للمجنونه مطلقا، و لا يجب على الولیّ القسمه للمجنون، و تختصّ البكر عند الدّخول بسبعٍ و الثّيب بثلاثٍ.

و ليس للزّوجه أن تهب ليلتها للضّره الّا برضاء

(و ليس للزّوجه أن تهب ليلتها للضّره الّا برضاء الزّوج)

و ذلک لأنّ الحقّ ليس منحصرا بها.

(و لها الرجوع قبل تمام المبيت لا بعده)

ص:۳۶۴

أمّا جواز رجوعها تبرّعا فلأنّه إباحه لحقّها و إجازه للتصرّف فيه فالاختيار بيدها.

(و لو رجعت فی أثناء اللّیله تحوّل إلیها) لان الامر بیدها (و لو رجعت و لمّا یعلم فلا شی ء علیه) لعدم تقصیره مع کونه معذورا .

(و لا یصحّ الاعتیاض عن القسم بشی ء فیجب علیها ردّ العوض)

قاله المبسوط و تبعه المهذّب، و الظاهر کونه من فروع العامّه، و لا دلیل علی عدم صحّه الاعتیاض، و القرآن دلّ علی جواز الاعتیاض بترک طلاقها فی صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام): سألته عن قوله تعالی {وإِنِ امْرَأَهٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أَوْ إِعْراضاً} فقال: هی المرأه تکون عند الرّجل فیکرهها فیقول لها: أرید أن أطلّقک، فتقول له: لا تفعل إنّی أکره أن تشمت بی و لکن انظر فی لیلتی فاصنع بها ما شئت و ما کان سوی ذلک من شی ء فهو لک و دعنی علی حالتی و هو قوله تعالی «فَلا جُناحَ عَلَیْهِما أَنْ یُصْلِحا بَیْنَهُما صُلْحاً» و هو هذا الصلح»(1).

و معتبر علیّ بن أبی حمزه، عن الکاظم (علیه السلام): سألته عن قوله تعالی «وَ إِنِ امْرَأَهٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أَوْ إِعْراضاً»، فقال: إذا کان کذلک فهمّ بطلاقها قالت له: أمسکنی و أدع لک بعض ما علیک و أحلّلک من یومی و لیلتی حلّ له ذلک و لا جناح علیهما»(2) و صحیحی زراره(3) و علی بن جعفر(4) المتقدمین و غیرها.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۴۵ح۲
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۴۵ح۱
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۳ح۴
۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۷۴ح۱۱۰

و لا یزور الزّوج الضرّه فی لیله ضرتها

(و لا یزور الزّوج الضرّه فی لیله ضرتها) کما تقدم دلیله.

(ویجوز عیادتها فی مرضها) لانصراف الادله عن مثله و للضروره.

(لکن یقضی لو استوعب اللّیله) بالبیتوته (عند المزوره)

فانه و ان لم یرد به نصّ لکنّه مقتضی الفهم العرفی, لا ـ مطلق الانشغال بها کأن یصاحبها الی المستشفی و یبقی معها مراقبا لها فهذا مما لا یعد بیتوته معها بل یدخل فی الضرورات التی لا دلیل علی لزوم قضائها کما تقدم.

و الواجب المضاجعه لا المواقعه

(و الواجب المضاجعه لا المواقعه)

کما تقدم فی صحیح ابن محبوب عن إبراهیم الکرخیّ، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن رجل له أربع نسوه فهو یبیت عند ثلاث منهنّ فی لیالیهنّ و یمسّهنّ، فإذا بات عند الرّابعه فی لیلتها لم یمسّها فهل علیه فی هذا إثم؟ فقال: إنّما علیه أن

يبيت عندها فی ليلتها و يظلّ عندها صبيحتها، و ليس عليه إثم إن لم يجامعها إذا لم يرد ذلک».

(و لو جار فی القسمه قضی)

كما تقدم إلّا أن تعفو أو يرضيها بشی ء من مال أو غيره.

حصيله البحث:

ليس للزّوجه أن تهب ليلتها للضّرّه إلّا برضاء الزّوج و لها الرّجوع قبل تمام المبيت لا بعده، و لو رجعت فی أثناء اللّيله تحوّل إليها، و لو رجعت و لمّا يعلم فلا شی ء عليه، و يصحّ الاعتياض عن القسم بشی ءٍ، و لا يزور الزّوج الضّرّه فی ليله ضرّتها، و تجوز عيادتها فی مرضها لكن يقضی لو استوعب اللّيله عند المزوره بالبيتوته عندها لا بغير البيتوته كالمراقبه لها مما لا يعد بيتوته معها، و الواجب المضاجعه لا المواقعه، و لو جار فی القسمه قضی.

حكم النشوز

(و النشوز) و هو لغهً الارتفاع فقال الخليل: «نَشَزَ الشی ء، أی: ارتفع»(۱)و قال الزبيدی «نشز و تَنْشِزُ نُشُوزاً، و هی نَاشِزٌ: استعصت علی زوجها و ارتفعت عليه و أبغضَته، و خرجت عن طاعته، و فَرِكَتْه، و قد تكرَّر ذكر النُّشُوز فی القرآن و الأَحاديث، و

۱- كتاب العين، ج ۶، ص: ۲۳۲

هو یکون بین الزَّوجین، قال أبو إسحاق: و هو کراهه کلّ واحد منهما صاحبه، و سُوءُ عِشرته له، و اشتقاقه من النَّشْز، و هو ما ارتفعَ من الأَرْض, و نَشَز بعلُها علیها یَنشُز نُشُوزاً: ضربها و جفاها و أضرَّ بها»(۱).

(و هو الخروج عن الطاعه)

و المراد خروج أحد الزّوجین عمّا یجب علیه من حقّ الآخر و طاعته.

اقول: لکنّ الخروج عن الطاعه إنّما یصحّ فی الزّوجه دون الزّوج فإنّ الزّوجه یجب علیها طاعه الزّوج فی التمکین وعدم الخروج عن بیتها واما غیرهما فسیاتی البحث عنه واما الزّوجه فلها علیه حقوق و هو غیر الطاعه.

فإذا ظهرت أمارته للزوج بتقطیبها فی وجهه و التبرّم لحوائجه

(فاذا ظهرت أمارته للزوج بتقطیبها فی وجهه و التبرّم)

أی الضجر و السأم (بحوائجه) التی یجب علیها فعلها من مقدمات الاستمتاع بأن تمتنع أو تتثاقل إذا دعاها إلیه.

ص:۳۶۸

۱- تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۸، ص: ۱۵۹

(أو تغيّر عادتها فی أدبها معه قولا أو فعلا) كأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين أو غير مقبله بوجهها بعد أن كانت تقبل (أو فعلا) كأن يجد إعراضا و عبوسا بعد لطف و طلاقه و نحو ذلک .

(وعظها)

أولاً بلا هجر و لا ضرب فلعلها تبدی عذرا و تتوب عما جری منها من غير عذر, و الوعظ كأن يقول اتقی الله فی الحق الواجب لی عليک و احذری العقوبه و يبين لها ما يترتب علی ذلک من عذاب الله تعالی فی الآخره, و سقوط النفقه و القسم فی الدنيا.

(ثمّ حول ظهره إليها فی المضجع) بكسر الجيم إن لم ينجع الوعظ (ثم اعتزلها) ناحيه فی غير فراشها (و لا يجوز ضربها) إن رجا رجوعها بدونه (فإذا امتنعت من طاعته فيما يجب له) و لم ينجع ذلک كله (ضربها مقتصرا علی ما يؤمل به رجوعها) فلا تجوز الزياده عليه مع حصول الغرض به و إلّا تدرج إلی الأقوی فالأقوی (ما لم يكن مدميا) لانه خارج عن الضرب (و لا مبرحا) أی شديدا كثيرا و لا دليل علی هذا القيد الّا الانصراف ان تمّ قال اللّه عزّ وجلّ {واللّاتِی تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ واهْجُرُوهُنَّ فِی الْمَضاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ}.

(فالهجران أن يحوّل إليها ظهره، و الضرب بالسّواک و غيره ضربا رفيقا)

قال تعالى {فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهنّ سبيلا إنّ اللّه كان عليما كبيرا}.

ولو نشز الزّوج بمنع حقوقها لها المطالبه بها

(و لو نشز الزّوج بمنع حقوقها) الواجبه لها عليه من قسم و نفقه (فلها المطالبه بها و للحاكم إلزامه بها)

فإن أساء خلقه و آذاها بضرب و غيره بلا سبب صحيح نهاه عن ذلك فإن عاد إليه عزره بما يراه.

اقول: قد تقدم معنى النشوز و انه الارتفاع فقال الخليل: «نَشَزَ الشی ء، أی: ارتفع»(۱) و لا اختصاص له بالزوجه بل هو عام یشمل الزوج ایضا فقال الزبیدی «و نَشَزَ بَعْلُها علیها یَنْشُزُ نُشُوزاً: ضَرَبَهَا و جَفَاهَا و أَضَرَّ بها»(۲).

لکن قیل: «ان معناه فی الایه المبارکه أراده طلاق الزّوجه فقط فتقول الزّوجه له: لا تطلّقنی و أدع حقوقی، کما فی معتبر علیّ بن أبی حمزه(۳)، و صحیح الحلبی(۴) المتقدمین و غیرهما و فی الفقیه: النشوز قد یکون من الرّجل و المرأه جمیعا، فأمّا

۱- کتاب العین، ج ۶، ص: ۲۳۲
۲- تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۸، ص: ۱۵۹
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۴۵ح ۱
۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۴۵ح ۲

الـذی من الرّجـل فهو مـا قـال اللّه عزّ و جـلّ فی کتـابه {وإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ}(۱) و هو أن تکون المرأه عنـد الرّجل لا تعجبه فیریـد طلاقها فتقول له: أمسـکنی و لا تطلّقنی و أدع لک ما علی ظهرک و أحلّ لک یومی و لیلتی فقـد طاب ذلک له، روی ذلک المفضّل بن صالـح عن زید الشّـحّام عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) »(۲) و حینئـذ فنشوز الرّجل حلال کغیرته و نشوز المرأه حرام کغیرتها. و صـرّح بکون نشوز الرّجل ما قلنا غیر الکافی و الفقیه القمیّ فی تفسیره فقال فی الآیه {وَ إِنِ امْرَأَةٌ خَافَت...}: إن خافت المرأه من زوجها أن یطلّقها- إلخ» و صـرّح به فی المقنع و النهـایه و الغنیه و السّرائر، و أوّل من قـال:إنّ نشوز الرّجل منعه حقوق المرأه المبسوط و تبعه القاضـی و ابن حمزه و الظاهر أنّه تبع فیه العامّه»(۳).

و فیه: ان ما ذکر احد المصادیق و اثبات شیء لا ینفی ما عداه و غایه الاستدلال ان للنشوز فردین حلال و هو ما ذکره المستدل و حرام و هو ما یخرج به الزوج عن اداء الحقوق التی علیه ولا یرید طلاقها , وفی صـحیح ابن جعفرعن أخیه (علیه السـلام): «سألته عن رجل له امرأتان قالت إحداهما: لیلتی و یومی لک یوما أو شهرا أو

۱- النساء۱۳۷

۲- الفقیه (باب النشوز ۱۵ من طلاقه)، ج۳، ص ۵۲۰

۳- النجعه ج۹ ص۱۳۶، بتلخیص منا.

ما كان أ يجوز ذلك؟ قال: إذا طابت نفسها و اشترى ذلك منها فلا بأس»(۱) دلاله على ثبوت البأس لو لم تطب نفسها و لا ريب ان مورده عدم اراده الطلاق وعليه فهو دال على تحقق النشوز.

(و لو تركت) الزوجه (بعض حقوقها) الواجبه لها عليه من قسمه و نفقه (استماله له) او لغرض اخر (حل له قبوله) لصحيح علیّ بن جعفر المتقدم انفا.

حصيله البحث:

النّشوز هو الخروج عن الطّاعه، فإذا ظهرت أماراته للزّوج بتقطيبها في وجهه و التّبرّم بحوائجه أو تغيّر عادتها في أدبها معه قولًا أو فعلًا وعظها ثمّ حوّل ظهره إليها في المضجع ثمّ اعتزلها و لا يجوز ضربها، و إذا امتنعت عن طاعته فيما يجب له ضربها مقتصراً على ما يؤمّل به رجوعها ما لم يكن مدمياً، و لو نشز بمنع حقوقها فلها المطالبه و للحاكم إلزامه، بها و لو تركت بعض حقوقها استمالةً له حلّ قبوله.

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۷۴ح ۱۱۰

حکم الشقاق

(و الشقاق: و هو أن یکون النشوز منهما و تخشی الفرقه فیبعث الحاکم الحکمین من أهل الزوجین)

قال تعالی {وإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا}(۱).

(أو من غیرهما)

کما قاله المبسوط و تبعه القاضی و ابن حمزه و ذلک لحصول الغرض به و لأن القرابه غیر معتبره فی الحکم و لا فی التوکیل و کونهما من الأهل فی الآیه للإرشاد إلی ما هو الأصلح و ذهب الحلیّ إلی وجوب کونهما من أهلهما عملا بظاهر الآیه و لعل الحکمه أن الأهل أعرف بالمصلحه من الأجانب و إنّهما إذا کانا من أهلهما کان أقرب إلی رضاهما بحکمهما, و هو الاقوی.

و لو تعذر الأهل فقیل: لا کلام فی جواز الأجانب .

و فیه: ان مقتضی القاعده سقوط الامر به و بعث غیر الاهل بلا دلیل.

ص:۳۷۳

۱- النساء: الآیه ۳۵

و هل بعثهما واجب أو مستحب وجهان؟ أوجههما الوجوب عملا بظاهر الأمر من الآيه.

هذا و بعثهما يكون (تحكيما) لا توكيلا لأن الله خاطب بالبعث الحكام و جعلهما حكمين و لو كان توكيلا لخاطب به الزوجين و لأنهما إن رأيا الإصلاح فعلاه من غير استئذان و إن رأيا التفريق توقف على الإذن و لو كان توكيلا لكان تابعا لما دل عليه لفظهما و بذلك يضعف قول القاضي بكونه توكيلا استنادا إلى أن البضع حق للزوج و المال حق للمرأه و ليس لأحد التصرف فيهما إلا بإذنهما لعدم الحجر عليهما لأن إذن الشارع قد يجرى على غير المحجور كالمماطل.

(فإن اتفقا على الإصلاح) بينهما (فعلاه) من غير مراجعه.

(و إن اتفقا على التفريق لم يصح إلّا بإذن الزوج فى الطلاق و إذن الزوجه فى البذل) إن كان خلعا لأن ذلك هو مقتضى التحكيم , كما فى صحيح الحلبيّ، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن قوله تعالى «فَابْعَثُوا» قال: ليس للحكمين أن يفرّقا حتّى يستأمرا الرّجل و المرأه و يشرطا عليهما إن شئنا جمعنا و إن شئنا فرّقنا، فإن فرّقا فجائز و إن جمعا فجائز»(1).

و صحيح سماعه، عنه (عليه السلام): سألته عن قوله تعالى «فَابْعَثُوا» أ رأيت إن استأذن الحكمان فقالا للرّجل و المرأه: أ ليس قد جعلتما أمركما إلينا فى الإصلاح و

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۴۶ح۲

التفريق؟ فقال الرّجل و المرأه: نعم و أشهدا بذلك شهودا عليهما أ يجوز تفريقهما عليهما؟ قال: نعم، و لكن لا يكون ذلك إلّا على طهر من غير جماع من الزّوج، قيل له: أ رأيت إن قال أحد الحكمين: قد فرّقت بينهما و قال الآخر: لم أفرّق بينهما، فقال: لا يكون تفريق حتّى يجتمعا جميعا على التّفريق فإذا اجتمعا على التّفريق جاز تفريقهما»(۱) وغيرهما.

(و كلما شرطاه) أي الحكمان على الزوجين (يلزم إذا كان سائغا) شرعا و إن لم يرض به الزوجان , و وجه نفوذ شرطهما انه من شؤون التحكيم.

و لو لم يكن ما شرطاه سائغا كاشتراط ترك بعض النفقه أو القسمه أو أن لا يسافر بها لم يلزم الوفاء به لعدم الدليل على لزوم الوفاء.

ثم انه قيل: يشترط في الحكمين البلوغ و العقل و الحريه و العداله و الاهتداء إلى ما هو المقصود من بعثهما دون الاجتهاد.

قلت: لا دليل على ذلك و الاصل عدم الاشتراط.

ثمّ ظاهر القمّيّ عدم إرث الناشز المنكر لحكم الحكمين فقال: «و أتى عليّ بن أبي طالب (عليه السلام) رجل و امرأه على هذه الحال فبعث حكما من أهله و حكما من أهلها، و قال للحكمين: هل تدريان ما تحكمان احكما إن شئتما فرّقتما و إن شئتما

۱- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۴۶ح۴

جمعتمـا، قال الزّوج: لا أرضـی بحکم فرقه و لا أطلّقها، فأوجب علیه نفقتها و منعه أن یـدخل إلیها و إن مات علی ذلک ورثته و إن مـاتت لم یرثهـا إذا رضـیت بحکم الحکمین و کره الزّوج, فإن رضـی الزّوج و کرهت المرأه أنزلت بهـذه المنزله لم یکن لها علیه نفقه و إن مات لم ترثه، و أن ماتت ورثها حتّی ترجع إلی حکم الحکمین».

و یشـهد له مرسـل العیّاشـیّ «عن محمّـد بن سـیرین، عن عبیـده قـال: أتی علیّ بن أبی طالب (علیه السـلام) رجل و امرأه مع کلّ واحـد منهما فئام من النّاس، فقال: ابعثوا حکما من أهله و حکما من أهلها، ثمّ قال للحکمین: هل تدریان ما علیکما؟، علیکما إن رأیتمـا أن یجمعـا جمعتمـا، و إن رأیتمـا أن یفرّقا فرّقتما، فقالت المرأه: رضـیت بکتاب اللّه علی ولی، فقال الرّجل: أمّا فی الفرقه فلا، فقال علیّ (علیه السلام): ما تبرح حتّی تقرّ بما أقرّت به»(۱) وفیه: انه ضعیف سندا و قد اعرض عنه الاصحاب.

حصیله البحث:

الشّـقاق أن یکون النّشوز منهمـا و یخشـی الفرقه فیبعث الحاکم الحکمین وجوبا من أهل الزّوجین تحکیماً لا توکیلا، و لو تعـذر الأهل سـقط , فإن اتّفقا علی الإصـلاح فعلاه، و إن اتّفقا علی التّفریق لم یصـحّ إلّا بإذن الزّوج فی الطّلاق و الزّوجه فی البـذل، و کلّ ما شرطاه یلزم إذا کان سائغاً.

۱- تفسیر العیّاشیّ فی آخر أخبار شقاقه ج ۱ ص ۲۴۱

(و يلحق بذلك نظران الأوّل الأولاد)

النظر الأوّل فی الأولاد

و يلحق الولد بالزّوج الدائم بالدخول

(و يلحق الولد بالزّوج الدائم بالدخول)

اقول: و المراد به علی ما يظهر من إطلاقهم، غيبوبه الحشفه قبلا لا دبرا و إن لم ينزل للانصراف اليه، و بالقبل صرّح الحلیّ فقال: «و متی وطئ امرأته أو جاريته و كان يعزل عنها و كان الوطی فی القبل و جاءت المرأه بولد وجب عليه الإقرار به و لا يجوز له نفيه لمكان العزل» و من عبّر بالفرج فمنصرف إلی القبل، بل أنّ المبسوط جعل الفرج مقابل الدّبر.

و قد تقدم فی كتاب الطهاره ان الصحيح عدم صدق اسم الفرج علی الدبر لظهوره فی القبل فقط والقبل هو المستفاد من الاخبار عند اطلاق الفرج كما فی خبر هشام بن سالم «فی الرجل ياتی فيما دون الفرج وهی حائض قال لاباس اذا اجتنب ذلك الموضع»(1).

ص:377

1- التهذيب ج/1 ص/154 ح/10

و أوّل من ألحق الدّبر بالقبل المبسوط فقال: «و الوطی فی الدّبر یتعلّق به أحکام الوطی فی الفرج، من ذلک إفساد الصوم و وجوب الکفّاره و وجوب الغسل و إن طاوعته کان حراما محضا کما لو أتی غلاما، و إن أکرهها فعلیه المهر و یستقرّ به المسمّی، و یجب به العدّه، و یخالف الوطی فی الفرج فصلین فی الإحصان فإنّه لا یثبت به، و لا یقع به الإباحه للزّوج الأوّل بلا خلاف فی هذین لقوله (علیه السلام): «حتّی تذوقی عسیلته، و یذوق عسیلتک» و هی لا تذوق العسیله فی دبرها».

و یردّ قول المبسوط: «بثبوت جمیع المهر بالدّخول فی الدّبر»، صحیح محمد بن إسماعیل قال: «سألت الرضا (علیه السلام) عن الرجل یُجامع المرأه قریباً من الفرج فلا یُنزلان متی یجب الغسل فقال إذا التقی الختانان فقد وجب الغسل قلت التقاء الختانین هو غیبوبه الحَشفه قال نعم»(۱) «والخِتان بالکسر: مَوضِعُه أی الخَتْن بمعنی القَطع من الذکر؛ کما فی الصَّحاحِ, وفی التَّهذیبِ: هو موضِع القطع من الذَّکر و الأنثی. و منه الحدیث: «إذا التقی الخِتانان فقد وجب الغسل» و معنی التقائهما غُیُوب الحَشَفهِ فی فرج المرأه حتی یصیر ختانه بحذاء خِتانها»(۲).

و موثق یونس بن یعقوب، عنه (علیه السلام): «لا یوجب المهر إلّا الوقاع فی الفرج»(۳).

ص:۳۷۸

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۱، ص: ۱۱۸ح۲

۲- تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۸، ص: ۱۶

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۶۴ح۶۷

و صحیح حفص بن البختریّ، عنه (علیه السلام) «فی رجل دخل بامرأه قال: «إذا التقی الختانان وجب المهر و العدّه»(۱).

و أمّیا ما فی مرسل حفص بن سوقه عنه (علیه السلام) «عن رجل یأتی أهله من خلفها، قال: هو أحد المأتیّین فیه الغسل»(۲) فمع إرساله قال فیه الشیخ (مرسل مقطوع و یمکن ان یکون ورد مورد التقیه لانه موافق لمذهب بعض العامه)(۳), کما و انه اعم من کونه یحصل به الوطی.

مضافا الی انه معارض بصحیحه ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع مرفوعاً عن الصادق (علیه السلام) «فی الرجل یأتی المرأه فی دبرها و هی صائمه قال لا ینقض صومها و لیس علیها غسل»(۴) و مثلها مرسله علی بن الحکم(۵).

و معارض بمرفوعه البرقی عن الصادق (علیه السلام) «اذا أتی الرجل المرأه فی دبرها فلم ینزل فلا غسل علیهما و ان انزل فعلیه الغسل و لا غسل علیها»(۶).

ص:۳۷۹

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۶۴ح۶۹

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۶۱ح۵۵

۳- الاستبصار ج/۱ الباب/۵ من ابواب الجنابه ص/۱۱۲

۴- التهذیب کتاب الصوم فی زیادات الصوم ح/۴۳

۵- التهذیب کتاب الصوم فی زیادات الصوم ح/۴۰ و زیادات النکاح ح/۵۱

۶- فروع الکافی کتاب الطهاره ص/۴۷ ح/۸

و بعدم وجوب الغسل قال الصدوق و سلار و الشیخ فی النهایه و الاستبصار(۱)، و من جمیع ذلک ظهر عدم تحقق الوطی فی دبر المرأه، ولو لم نقل بحجیه ما تقدم من الاخبار فالاصل البراءه ایضا.

ثمّ الإلحاق لا یختصّ بالزّوج الدّائم، بل یجری فی المنقطع و ملک الیمین، لکن الدّائم إجماعیّ علی أنّه لا ینتفی الولد إلّا باللّعان.

هذا و لا یخفی ان إنزال الماء فی القبل من غیر إدخال فی حکم الدّخول من حیث الحاق الولد بالضروره و یؤید ذلک خبر أبی البختریّ، عن جعفر بن محمّد، عن أبیه علیهما السّلام: «أنّ رجلا أتی علیّا (علیه السلام) فقال: إنّ امرأتی هذه حامل و هی جاریه حدثه و هی عذراء و هی حامل فی تسعه أشهر و لا أعلم إلّا خیرا و أنا شیخ کبیر ما افترعتها و انّها لعلی حالها، فقال له علیّ (علیه السلام): نشدتک اللّه هل کنت تهریق علی فرجها، فقال: نعم، فقال (علیه السلام): إنّ لکلّ فرج ثقبین ثقب یدخل فیه ماء الرّجل و ثقب یخرج منه البول، و إنّ أفواه الرّحم تحت الثقب الذی یدخل فیه ماء الرّجل فإذا دخل الماء فی فم واحد من أفواه الرحم حملت المرأه بولد و إذا دخل من اثنین حملت باثنین و إذا دخل من ثلاثه حملت بثلاثه، و إذا دخل من

۱- المختلف ص/۳۰

أربعه حملت بأربعه و ليس هناک غیر ذلک، و قد ألحقت بک ولدا فشقّ عنها القوابل فجاءت بغلام فعاش»(۱).

و فی إرشاد المفید «روی نقله الآثار من العامّه و الخاصّه أنّ امرأه نکحها شیخ کبیر فحملت، فزعم الشّیخ أنّه لم یصل إلیها و أنکر حملها، فالتبس الأمر علی عثمان، و سأل المرأه هل افتضّک الشّیخ؟ و کانت بکرا، فقالت: لا، فقال عثمان: أقیموا الحدّ علیها، فقال أمیر المؤمنین (علیه السلام): و الحمل له و الولد ولده وأری عقوبته علی الإنکار له، فصار عثمان إلی قضائه».

و مضیّ ستّه أشهر

(و مضیّ ستّه أشهر هلالیه من حین الوطی)

و ذلک لأنّه أقلّ مدّه الحمل, و یدلّ علیه قوله تعالی {وحَمْلُهُ وَ فِصٰالُهُ ثَلاٰثُونَ شَهْراً} بضمیمه قوله جل وعلا {والْوٰالِدٰاتُ یُرْضِعنَ أَوْلاٰدَهُنَّ حَوْلَیْنِ کامِلَین}.

و فی مرفوع محمّد بن یحیی عن الصّادق (علیه السلام) قال أمیر المؤمنین (علیه السلام): «لا تلد المرأه لأقلّ من ستّه أشهر»(۲).

۱- قرب الاسناد ص ۱۵۰

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)ج ۵ ص: ۵۵۴

(و عدم تجاوز أقصى الحمل و غايه ما قيل فيه عندنا سنه)

قال ابن حمزه: «أكثر مدّه الحمل فيه روايات ثلاث، تسعه أشهر و عشره و سنه» قلت: و الأشهر عندنا التّسع ذهب إليه الإسكافىّ و المفيد و الشيخ فى مبسوطيه و نهايته و المرتضى فى جواب المسائل الموصليّات الأولى و الدّيلمىّ و القاضى و الحلىّ. و لم يظهرللقول بالعشر قائل معيّنا.

أمّا القول بالتسعه فيدلّ عليه خبر عبد الرّحمن بن سيابه، عمّن حدّثه عن أبى جعفر (عليه السلام): سألته عن غايه الحمل بالولد فى بطن أمّه كم هو فإنّ النّاس يقولون: ربما بقى فى بطنها سنتين، فقال: كذبوا أقصى حدّ الحمل تسعه أشهر لا يزيد لحظه، و لو زاد ساعه لقتل أمّه قبل أن يخرج»(۱)و هو صريح فى القول المذكور، لكنه ضعيف سندا.

و اما القول بالسنه و هو الاقوى فيدل عليه صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج، عن الكاظم (عليه السلام): «إذا طلّق الرّجل امرأته فادّعت حبلا انتظر تسعه أشهر إن ولدت و إلّا اعتدّت ثلاثه أشهر، ثمّ قد بانت منه»(۲) فلولا ان الانتظار ثلاثه أشهر بعد التسعه غايه الحمل لكان اللازم ان تنتهى عدتها بالثلاثه الاشهر الاولى.

ص:۳۸۲

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۵۲ح۳
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۰۱ح۱

و معتبر محمّد بن حکیم، عن أبی الحسن (علیه السلام) «قلت له: المرأه الشّابّه الّتی تحیض مثلها، یطلّقها زوجها فیرتفع طمثها کم عدّتها؟ قال: ثلاثه أشهر، قلت: فإنّها ادّعت الحبل بعد ثلاثه أشهر، قال: عدّتها تسعه أشهر، قلت: فإنّها ادّعت الحبل بعد تسعه أشهر؟ قال: إنّما الحبل تسعه أشهر، قلت: تزوّج؟ قال: تحتاط بثلاثه أشهر، قلت: فإنّها ادّعت بعد ثلاثه أشهر؟ قال: لا ریبه علیها تزوّج إن شاءت»(۱).

و رواه الکافی بسند اخر ضعیف عنه و فیه: «قال: إن جاءت به لأکثر من سنه لم تصدّق و لو ساعه واحده فی دعواها» و هذا صریح فی دلالته علی السّنه.

ثمّ رواه ایضا بسند صحیح عنه ایضا و فیه: «قلت له: المرأه الشّابه الّتی تحیض مثلها، یطلّقها زوجها فیرتفع طمثها ما عدّتها؟ قال: ثلاثه أشهر، قلت:جعلت فداک فإنّها تزوّجت بعد ثلاثه أشهر فتبین بها بعد ما دخلت علی زوجها أنّها حامل؟ قال: هیهات من ذلک یا ابن حکیم رفع الطمث ضربان إمّا فساد من حیضه فقد حلّ لها الأزواج و لیس بحامل و إمّا حامل فهو یستبین فی ثلاثه أشهر لأنّ اللّه عزّ و جلّ قد جعله وقتا یستبین فیه الحمل، قال: قلت فإنّها- ارتابت، قال: عدّتها تسعه أشهر، قلت: فإنّها ارتابت بعد تسعه أشهر؟ قال:إنّما الحمل تسعه أشهر، قلت: فتزوّج؟ قال تحتاط بثلاثه أشهر، قلت: فإنّها ارتابت بعد ثلاثه أشهر، قال: لیس علیها ریبه تزوّج» و هنا الامام (علیه السلام) یامر بالاحتیاط ثلاثه اشهر فلولا ان غایه الحمل سنه لما

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۲ح۲

كان هنالك معنى للاحتياط.ثمّ رواه رابعا عنه بسند ضعيف مع تفاوت لا يضر بالمعنى.

و اما خبر غياث، عن جعفر بن محمّد، عن أبيه، عن جدّه، عن عليّ عليهم السّلام قال: أدنى ما تحمل المرأه لستّه أشهر، و أكثر ما تحمل لسنتين»(۱) و فى نسخه اخرى بلفظ «لسنّه» كما فى المطبوع، و على الفرض الاول فالصواب حمله على التّقيّه. و غياث عامّى فعن أبى حنيفه أنّه سنتان و رووه عن عائشه و نقلوا عن الشّافعىّ أنّه أربع، و رووا أنّ ابن عجلان ولد لأربع سنين، و نقلوا عن مالك فى أكثره ثلاث روايات: الأربع و الخمس و السبع.

و أمّا ما عن كتاب قضايا إبراهيم القمّىّ يرفعه إلى عدىّ بن حاتم قال: «غاب رجل عن امرأته سنتين ثمّ جاءها فوجدها حبلى، فأتى بها عمر فأمر برجمها فبلغ ذلك علىّ بن أبى طالب (عليه السلام) فجاء مستعجلا سبق إليه، ثمّ قال له: هذا سبيلكم على المرأه فما سبيلكم على ولدها فأمر بها فعزلت فولدت غلاما فنظروا فإذا نبتت له ثنيتان فقال الرّجل: ابنى و ربّ الكعبه، فقال عمر: عجز النساء أن يحملن بمثل علىّ بن أبى طالب لو لا علىّ لهلك عمر»(۲) فلا دلاله فيه حيث إنّه (عليه السلام) قرّر كونه من زنا و إنّما أنكر رجم المرأه فى حملها، و إقرار الرّجل به بعد لكون الولد ذا أسنان أعمّ.

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۵۱۱

۲- النجعه ج۹ ص ۱۴۲

و (هـذا) الـذی تقـدم (فی) الولـد التام (الذی ولجته الروح و فی غیره) مما تسـقطه المرأه (یرجع) فی إلحاقه بالزوج حیث یحتاج إلی الإلحاق لیجب علیه تکفینه و مؤونه تجهیزه و نحو ذلک من الأحکام التی لا تترتب علی حیاته (إلی المعتاد) لمثله (من الأیام و الأشهر)

ففی صـحیح محمـد بن اسـماعیل او غیره عن أبی جعفر (علیه السـلام) «جعلت فـداک الرجل یـدعُو للحُبلی أن یجعل اللَّه ما فی بطنهـا ذکراً سویاً قال یـدعو أن یجعل حمله ذکرا ما بینه و بین أربعه أشـهر فإنّه أربعین لیله نطفه و أربعین لیله علقه و أربعین لیله مضغه فذلک تمام أربعه أشهر، ثم یبعث اللّه ملکین خلّاقین- الخبر»(۱).

(و إن نقصت عن السته الأشهر)

فإن أمکن عاده کونه منه لحقه الحکم و إن علم عاده انتفاؤه عنه لغیبته عنها مده تزید عن تخلقه عاده منه انتفی عنه.

حصیله البحث:

یلحق الولـد بـالزّوج الـدّائم الـدّائم، بـل فی المنقطع و ملـک الیمین ایضـا , بالـدّخول قبلا کما و ان إنزال الماء فی القبل من غیر إدخال فی حکم الدّخول من حیث الحاق الولد, و مضیّ ستّه أشهرٍ من حین الوطئ و عدم تجاوز أقصی الحمل، و

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۶ح۶

هو سنهٌ على الاقوى, هذا فى التّامّ الّذى ولجته الرّوح، و فى غيره يرجع إلى المعتاد من الأيّام و الأشهر، و إن نقصت عن السّتّه الأشهر.

و لو فجر بها فالولد للزوج

(و لو فجر بها) أى بالزوجه الدائمه فاجر(فالولد للزوج) و للعاهر الحجر(و لا يجوز له نفيه لذلك)

للحكم بلحوقه بالفراش شرعا و إن أشبه الزانى خلقه لقوله (صلى الله عليه و آله): «الولد للفراش، و للعاهر الحجر» كما فى صحيح الحلبى(۱) و غيره.

(و لو نفاه لم ينتف عنه إلّا باللعان)

لأمه فإن لم يلاعن حُدّ به قال تعالى {والَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصّادِقِينَ * وَالْخَامِسَةُ أَنّ لَعْنَتَ اللّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ* وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللّهِ إِنّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ* وَالْخَامِسَةَ أَنّ غَضَبَ اللّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصّادِقِينَ}(۲).

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۱۶۳ح ۱

۲- النور ۶-۹

و أمّا ما فی المرسل عن داود بن فرقد «عن الصّادق (علیه السلام) قال: «أتی رجل النّبیّ (صلی الله علیه و آله) فقال: إنّی خرجت و امرأتی حائض فرجعت و هی حبلی، فقال له: من تتّهم؟ قال رجلین، قال: ائت بهما، فجاء بهما فقال (صلی الله علیه و آله): إن یک ابن هذا فیخرج قططا کذا و کذا، فخرج کما قال النّبیّ (صلی الله علیه و آله) فجعل معقلته علی قوم أمّه و میراثه لهم و لو أنّ إنسانا قال له: یا ابن الزّانیه یجلد الحدّ»(۱) فضعیف سندا و شاذ متنا لمخالفته للسنه القطعیه من ان الولد للفراش مضافا لتناقضه حیث دل صدره علی الزنا و ذیله یدلّ علی عدم جواز نسبه الزّنا إلیها.

و لو اختلفا فی الدخول أو فی ولادته حلف الزوج

(و لو اختلفا فی الدخول) فادعته و أنکره هو (أو فی ولادته) بأن أنکر کونها ولدته (حلف الزوج) لأصاله عدمهما و لأن النزاع فی الأول فی فعله و یمکنها إقامه البینه علی الولاده فی الثانی فلا یقبل قولها فیها بغیر بینه.

(و لو) اتفقا علیهما (و اختلفا فی المده) فادعی ولادته لدون سته أشهر أو لأزید من أقصی الحمل (حلفت هی) لان الولد للفراش فهو المدعی شرعا.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۹۰ح۱

و ولد المملوكه إذا حصلت الشروط يلحق به

(و ولد المملوكه إذا حصلت الشروط الثلاثه) و هى الدخول و ولادته لسته أشهر فصاعدا و لم يتجاوز الأقصى (يلحق به) لوجود المقتضى و عدم المانع.

و يشهد لذلك ايضا ما فى صحيح سعد الاشعرى قال: «كتب جعفر بن حمدان(۱) استحللت بجاريه و شرطت عليها أن لا أطلب ولدها و لا ألزمها - و فى نسخه أنزلها - منزلى فلمّا أتى لذلك مدّه قالت لى: قد حبلت فقلت لها: «كيف و لا أعلم أنّى طلبت منك الولد، ثمّ غبت و انصرفت و قد أتت بولد ذكر، فلم أنكره و لا قطعت عنها الإجراء و النفقه- إلى أن قال- جوابها: و أمّا الرّجل الذى استحلّ بالجاريه و شرط عليها أن لا يطلب ولدها فسبحان من لا شريک له فى قدرته شرطه على الجاريه شرط على اللّه عزّ و جلّ هذا ما لا يؤمن أن يكون، و حيث عرف فى هذا الشّكّ و ليس يعرف الوقت الذى أتاها فيه فليس ذلك بموجب البراءه فى ولده- الخبر»(۲).

(وكذلك ولد المتعه)

ص:۳۸۸

۱- وهو ممدوح بما تظهر منه وثاقته راجع كمال الدين و تمام النعمه، ج ۲، ص: ۴۴۵ح۱۹

۲- كمال الدين و تمام النعمه، ج ۲، ص: ۵۰۰ح۲۵

للدليل المتقدم , و لصحيح محمّد بن إسماعيل بن بزيع قال: «سأل رجل الرّضا (علیه السلام) و أنا أسمع عن الرّجل يتزوّج المرأه متعه و يشترط عليها أن لا يطلب ولدها فتأتى بعد ذلك بولد فينكر الولد، فشدّد فى ذلك، و قال: يجحد و كيف يجحد- إعظاما لذلك- قال الرّجل: فإن اتّهمها؟ قال: لا ينبغى لك أن تتزوّج إلّا مأمونه- الخبر»(۱)و عليه فلا يجوز له نفيه لمكان الشبهه فيهما.

(لكن لو نفاه انتفى) ظاهرا (بغير لعان فيهما)

اما انتفاؤه فى المتعه فلصحيح ابن ابى يعفور «لا يلاعن الرّجل المرأه الّتى يتمتّع بها»(۲).

و ذهب المرتضى و جماعه إلى إلحاقها بالدائمه هنا لأنها زوجه حقيقه و إلّا لحرمت بقوله تعالى {فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ}(۳).

و فيه: انه اجتهاد قبال النص.

و اما الامه المملوكه فلا يشملها دليل اللعان لتعليقه على رمى الزوجه فى الآيه و لصحيح عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (علیه السلام) قال: «لا يلاعن الرّجل الحرّ الأمه و لا

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۶۹ ح۸۲

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸، ص: ۱۸۹ح۱۸

۳- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (المحشى - سلطان العلماء)؛ ج ۲، ص: ۱۳۵

الذّمّیه و لا الّتی یتمتّع بها»(۱) و حمل الشیخ والصدوق قوله (علیه السلام) فیه «الأمّه و لا الذّمیّه» علی ما إذا کانتا مملوکتین له لا متزوّجتین به دائما و إلّا فیجری فیهما اللّعان. قلت: و الّا کانت الصحیحه خلاف القران لتصریحه باللعان مع الزوجه و لا یخفی ان نسبه الصحیحه الی الایه العموم و الخصوص من وجه و علیه فهی علی اطلاقها مخالفه للکتاب.

(و إن فعل حراما) حیث نفی ما حکم الشارع ظاهرا لکن ذلک إذا لم یتّهمها.

و أمّا مع التهمه فلا یحرم نفیه کما دل علی ذلک صحیح سعید بن یسار، عن أبی الحسن (علیه السلام): «سألته عن الجاریه تکون للرّجل یطیف بها و هی تخرج فتعلق؟ قال: یتّهمها الرّجل أو یتّهمها أهله؟ قلت: أمّا ظاهره فلا، قال: إذن لزمه الولد»(۲) و مفهومها ان اتهمها هو او اهله لا یلزمه الولد کنایه عن انه له ان ینفیه. و قریب منه خبره الاخر(۳).

بل ظاهر صحیح عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (علیه السلام) أنّ رجلا من الأنصار أتی أبی (علیه السلام) فقال: إنّی ابتلیت بأمر عظیم إنّ لی جاریه کنت أطأها فوطئتها یوما و خرجت فی حاجه لی بعد ما اغتسلت منها و نسیت نفقه لی فرجعت إلی المنزل

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۵۳۸ والتهذیب ج ۸، ص: ۱۸۸ ح۱۲

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۸۹ح۱ وتعلق یعنی تحبل.

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۸۹ح۴

لآخذها فوجدت غلامی علی بطنها فعدّدت لها من یومی ذلک ستّه أشهر فولدت جاریه، فقال له أبی (علیه السلام): لا ینبغی لک أن تقربها و لا أن تبیعها، و لکن أنفق علیها من مالک ما دمت حیّا، ثمّ أوص عند موتک أن ینفق علیها من مالک حتّی یجعل اللّه لها مخرجا»(۱) انتفاء الولد و لو لم ینفیه بقرینه قوله (علیه السلام) «لا ینبغی لک أن تقربها» ای لا تقرب البنت المولوده لانها لیست بنتا لک , و اما قوله (علیه السلام) «ولا تبیعها» فلعله من باب الاستحباب بقرینه ما فی ذیله «ثمّ أوص عند موتک أن ینفق علیها من مالک» فلم یقل احد بوجوب الوصیه.

و مثله خبر محمّد بن عجلان(۲) , و فی خبر حریز، عن الصّادق (علیه السلام) فی رجل کان یطأ جاریه له و أنّه کان یبعثها فی حوائجه، و أنّها حبلت و أنّه بلغه عنها فساد، فقال (علیه السلام): إذا ولدت أمسک الولد فلا یبیعه، و یجعل له نصیبا فی داره، فقیل له: رجل یطأ جاریه له و أنّه لم یکن یبعثها فی حوائجه و أنّه اتّهمها و حبلت؟ فقال: إذا هی ولدت أمسک الولد و لا یبیعه و یجعل له نصیبا من داره و ماله، و لیس هذه مثل تلک»(۳).

و ما فی المرسل عن عبد الحمید بن إسماعیل، عنه (علیه السلام): سألته عن رجل کانت له جاریه یطأها و هی تخرج فی حوائجه فحبلت فخشی أن لا یکون منه؟ کیف

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۸۸ح۱
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۸۸ح۲
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۸۹ح۲

يصنع أ يبيع الجاريه و الولد؟ قال: يبيع الجاريه و لا يبيع الولد و لا يورّثه من ميراثه شيئا»(۱).

(فلو عاد و اعترف به صحّ و لحق به)

حيث إنّ نفيه كان على خلاف ظاهر الشّرع و عوده موافق لظاهر الشّرع، بخلاف ما لو اعترف به أوّلا ثمّ نفاه فإنّه لا ينتفى عنه و أُلحق به كما فى معتبر السّكونىّ، عن جعفر، عن أبيه، عن علىّ عليهم السّلام: «إذا أقرّ الرّجل بالولد ساعه لم ينتف منه أبدا»(۲).

و لا يجوز نفى الولد مطلقا لمكان العزل

(و لا يجوز نفى الولد مطلقا لمكان العزل)

عن أمه و لو عن الأمه و المتمتّع بها، لإطلاق النص بلحوق الولد لفراش الواطئ و هو صادق مع العزل و يمكن سبق الماء قبله و قد تقدم ما يدل عليه فى صحيح محمّد بن إسماعيل بن بزيع قال: «سأل رجل الرّضا (عليه السلام) و أنا أسمع عن الرّجل

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۸۹ح۳

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۸۳ح۶۳

یتزوّج المرأه متعه و یشترط علیها أن لا یطلب ولدها فتأتی بعد ذلک بولد فینکر الولد، فشدّد فی ذلک، و قال: یجحد و کیف یجحد- إعظاما لذلک- »(۱)

و یؤید ذلک خبر سعید بن یسار، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن رجل وقع علی جاریه له تذهب و تجی ء، و قد عزل عنها و لم یکن منه إلیها شی ء فما تقول فی الولد؟ قال: أری أن لا یباع هذا یا سعید قال: و سألت أبا الحسن (علیه السلام) فقال: أ یتهمها؟ فقلت: أمّا تهمه ظاهره فلا قال: فیتّهمها أهلک؟ فقلت: أمّا شی ء ظاهر فلا قال: فکیف تستطیع أن لا یلزمک الولد»(۲).

و ولد الشبهه یلحق بالواطی بالشروط

(و ولد الشبهه یلحق بالواطی بالشروط الثلاثه) وهی الدّخول و مضیّ ستّه أشهر أقلا و عدم تجاوز أقصی الحمل لکن مع فرض الوطی بالشبهه یکون شرط الدّخول لغوا.

(و عدم الزوج الحاضر)

الداخل بها بحیث یمکن إلحاقه به و ذلک لأنّه معه یکون الولد للفراش.

ص:۳۹۳

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۶۹ ح۸۲

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۸۹ح۴

و یجب کفایه استبداد النساء بالمرأه عند الولاده

(و یجب) کفایهً (استبداد النساء) أی انفرادهن (بالمرأه عند الولاده أو الزوج فان تعذّروا فالرجال المحارم) فإن تعذروا فغیرهم و ذلک لان الضروره تقدر بقدرها.

هذا و فی خبر جابر عن الباقر (علیه السلام): «کان علیّ بن الحسین علیهما السّلام: إذا حضرت ولاده المرأه قال: أخرجوا من فی البیت من النساء لا یکون أوّل ناظر إلی عوره»(۱).

حصیله البحث:

و لو فُجِر بالمرأه فالولد للزّوج و لا یجوز له نفیه لذلک، و لو نفاه لم ینتف إلّا باللّعان لأمه فإن لم یلاعن حُدّ به، و لو اختلفا فی الدّخول أو فی ولادته حلف الزّوج، و لو اختلفا فی المدّه حلفت، و ولد المملوکه إذا حصلت الشّروط الثّلاثه - من الدخول و ولادته لسته أشهر فصاعدا و لم یتجاوز الأقصی - یلحق به و کذلک ولد المتعه لکن لو نفاه انتفی بغیر لعانٍ فیهما، و إن فعل حراماً الّا مع التهمه کما لو رأی من یزنی بها فلا یحرم نفیه بل الظاهر انتفاؤه عنه و لو لم ینفیه و لذا یجب نفیه, و لو نفاه لاجل التهمه ثم عاد و اعترف به صحّ و لحق به، و لا یجوز

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۷ح۱ و رواه الفقیه، ج ۳، ص: ۵۶۰ و فیه «لا تکون المرأه أوّل ناظر إلی عورته» و هو الأصح .

نفی الولد لمکان العزل، و ولد الشّبهه یلحق بالواطئ بالشّروط المتقدمه و عدم الزّوج الحاضر الداخل بها بحیث یمکن إلحاقه به و ذلک لأنّه معه یکون الولد للفراش، و یجب استبداد النّساء بالمرأه عند الولاده أو الزّوج فإن تعذّر فالرّجال .

استحباب غسل المولود و الأذان فی أذنه الیمنی و الإقامه فی الیسری

(و یستحبّ غسل المولود)

کما تقدم فی موثق سماعه عن الصّادق (علیه السلام): «و غسل المولود واجب»(۱) وقد نقل المختلف عن بعض علمائنا القول بوجوبه(۲) ولعله استند الی ظاهر الموثق وقد تقدم انه محمول علی تاکد الاستحباب والّا فهو معرض عنه, ویرد القول بالوجوب ما فی معتبر أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام): حدّثنی أبی عن جدّی، عن آبائه، عن علیّ علیهم السّلام: «اغسلوا صبیانکم من الغمر فإنّ الشّیطان یشمّ الغمر فیفزع الصّبیّ من رقاده و یتأذّی به الکاتبان»(۳) الظاهر فی الاستحباب.

(و الأذان فی أذنه الیمنی و الإقامه فی الیسری)

۱- الفقیه ج/۱ ص ۴۵ ح/۵ و التهذیب ج/۱ ص ۱۰۴ ح/۲

۲- مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه؛ ج ۱، ص: ۳۱۸

۳- علل الشرائع، ج ۲، ص: ۵۵۷ح۱ و رواه العیون ج ۲، ص: ۶۹ عن دارم بن قبیصه، عن الرّضا، عن آبائه (علیهم السلام) عن النّبیّ (صلی الله علیه و آله) . والغمر: ریح اللحم, الدسم.

کما فی معتبر السّکونیّ، عن الصّادق (علیه السلام) عن النّبیّ (صلی الله علیه و آله): «من ولد له مولود فلیؤذّن فی أذنه الیمنی بأذان الصّلاه، و لیقم فی الیسری فإنّها عصمه من الشّیطان الرّجیم»(۱).

و یؤیده خبر نجمه أمّ الرّضا (علیه السلام) فی خبر «فدخل إلیّ أبوه موسی (علیه السلام) فقال لی: هنیئا لک یا نجمه کرامه ربّک فناولته إیّاه فی خرقه بیضاء فأذّن فی الأیمن و أقام فی الأیسر و دعا بماء الفرات فحنّکه به، ثمّ ردّه إلی، فقال: خذیه فإنّه بقیّه اللّه تعالی فی أرضه»(۲).

و خبر أبی یحیی الرازی، عنه (علیه السلام): «إذا ولد لکم المولود أیّ شی ء تصنعون به؟ قلت: لا أدری ما نصنع به قال: خذ عدسه جاوشیر بماء، ثمّ قطّر فی أنفه فی المنخر الأیمن قطرتین و فی الأیسر قطره واحده، و أذّن فی أذنه الیمنی و أقم فی الیسری تفعل به ذلک قبل أن تقطع سرّته فإنّه لا یفزع أبدا و لا تصیبه «أمّ الصبیان»(۳).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۴ح۴

۲- عیون أخبار الرضا (علیه السلام)، ج ۱، ص: ۲۰ح۲

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۳ح۱

و فی معتبر یونس وهو من اصحاب الاجماع عن بعض أصحابه، عن الباقر (علیه السلام): «یحنّک المولود بماء الفرات و یقام فی أذنه»(۱) والجمع بینهما یقتضی التخییر.

و یؤید معتبر یونس خبر حفص الکناسیّ، عن الصّادق (علیه السلام): «مروا القابله أو بعض من تلیه أن تقیم الصّلاه فی أذنه الیمنی فلا یصیبه لمم و لا تابعه أبدا»(۲).

(و تحنیکه بتربه الحسین (علیه السلام) و ماء الفرات أو ماء فرات و لو بخلطه بالتمر أو بالعسل)

کما تقدم فی معتبر یونس، عن بعض أصحابه عن أبی جعفر (علیه السلام) قال: «یحنّک المولود بماء الفرات، و یقام فی أذنه».

قال الکلینی: و فی روایه أخری «حنّکوا أولادکم بماء الفرات و تربه قبر الحسین (علیه السلام) فإن لم یکن فبماء السّماء».

و فی صحیح ابن ابی عمیر عن الحسین عثمان عن محمد بن ابی حمزه عمن ذکره عن الصّادق (علیه السلام): ما أخال أحدا یحنّک بماء الفرات إلّا أحبّنا أهل البیت»(۳) و قریب منه غیره(۴).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۴ح۳
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۳ح۲
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۸۸ح۱
۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۸۹ح۵

هـذا و ذكر الشّيخ و تبعه القاضى و ابـن حمزه و ابـن زهره و الحلّى استحباب تحنيكه بمـاء الفرات، و الخلـط بـالتمر و الظـاهر استنادهم الى خبر أبى بصـير، عن الصّادق (عليه السلام)، عن أمير المؤمنين (عليه السـلام): «حنّكوا أولادكم بالتمر، هكـذا فعل النّبىّ (صلى الله عليه و آله) بالحسن و الحسين عليهما السّلام»(۱) و ظاهر التحنيك بالتمر المجرّد بدون خلطه بالماء.

هـذا و ذكر المفيـد و الـدّيلمىّ و الحلبى استحباب تحنيكه بمـاء الفرات، و الخلط بالعسل و لم نقف لهم على مسـتند، و إنّما فى الرّضوى «و حنّكه بماء الفرات إن قدرت عليه أو بالعسل ساعه يولد» و لا عبره به.

(و تسميته محمّدا الى يوم السابع فان غيّر جاز)

عند المصـنف و به افتى الكلينى و يشهد له مرسل أحمد البرقىّ عن الصّادق (عليه السلام) «لا يولد لنا ولد إلّا سمّيناه محمّدا، فإذا مضى لنا سبعه أيّام فإن شئنا غيّرنا و إن شئنا تركنا»(۲) لكنه ضعيف سندا.

(و أصدق الأسماء ما عبّد اللّه)

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۴ح۵

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۸ح۴

و یدل علیه مرسل أبی إسحاق ثعلبه بن میمون، عن رجل قد سمّاه، عن الباقر (علیه السلام) قال: «أصدق الأسماء ما سمّی بالعبودیّه و أفضلها أسماء الأنبیاء»(۱).

و خبر جابر عن الباقر (علیه السلام): «قال النّبیّ (صلی الله علیه و آله) علی منبره: ألا إنّ خیر الأسماء عبد اللّه و عبد الرّحمن و حارثه و همّام، و شرّ الأسماء ضرار و مرّه و حرب و ظالم»(۲).

و خبر فلان بن حمید «سأل أبا عبد اللّه (علیه السلام) و شاوره فی اسم ولده، فقال: سمّه بأسماء من العبودیّه، فقال: أیّ الأسماء هو؟ قال:عبد الرّحمن»(۳) لکنها ضعیفه سندا وفلان بن حمید لم یذکر فی رجالنا و لا رجال العامّه.

(و أفضلها اسم محمّد و علی)

اما استحباب التسمیه به (صلی الله علیه و آله) فیشهد له صحیح الحسین بن سعید قال: «کنت أنا و ابن غیلان المدائنیّ دخلنا علی أبی الحسن الرّضا (علیه السلام) فقال له ابن غیلان: أصلحک اللّه بلغنی أنّه من کان له حمل فنوی أن یسمّیه محمّدا ولد له غلام، فقال:

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۸ح۱ و رواه المعانی فی ۸۵ من أبوابه و فیه بدل «عن رجل سمّاه» «عن معمر بن عمر» کما أنّه بدّل «و أفضلها» بقوله «و خیرها».

۲- الخصال، ج ۱، ص: ۲۵۰ح۱۱۸

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۸ح۵

من كان له حمل فنوى أن يسمّيه عليّا ولد له غلام، ثمّ قال: عليّ محمّد، و محمّد عليّ، شيئا واحدا- إلى أن قال- فقال له سمّه عليّا فإنّه أطول لعمره- الخبر»(۱).

قلت: و في قوله «عليّ محمّد، و محمّد عليّ، شيئا واحدا» اشار إلى قوله تعالى {وَ أَنْفُسَنٰا وَ أَنْفُسَكُم}.

هذا و ورد في خبر عاصم الكوزيّ، عن الصّادق (عليه السلام) «أنّ النّبيّ (صلى الله عليه و آله) قال: من ولد له أربعه أولاد لم يسمّ أحدهم باسمي فقد جفاني»(۲).

و أمّا كون أفضلها اسم محمّد و علي فيشهد له خبر أبي هارون مولى آل جعده قال: «كنت جليسا لأبي عبد اللّه (عليه السلام) بالمدينه ففقدني أيّاما، ثمّ إنّي جئت إليه فقال لي: لم أرك منذ أيّام يا أبا هارون؟ فقلت: ولد لي غلام، فقال بارك اللّه فيه فما سمّيته قلت: سمّيته محمّدا، قال: فأقبل بخدّه نحو الأرض و هو يقول: محمّد محمّد محمّد، حتّى كاد بلصق خدّه بالأرض، ثمّ قال: بنفسي و بولدي و بأهلي و بأبويّ و بأهل الأرض كلّهم جميعا الفداء لرسول اللّه (صلى الله عليه و آله)، لا تسبّه و لا تضربه و

۱- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۱ح۲

۲- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۹ح۶ و رواه الأمالي (للطوسي) ص: ۶۸۲ و فيه: ثلاثه بدل اربعه.

لا تسی ء إلیه، و اعلم أنّه لیس فی الأرض دار فیها اسم محمّد إلّا و هی تقدّس کلّ یوم- الخبر»(۱).

و صحیح عبد الرّحمن بن محمّد العزرمیّ قال: «استعمل معاویه مروان بن الحکم علی المدینه و أمره أن یفرض لشباب قریش، ففرض لهم، فقال علیّ بن الحسین (علیه السلام): فأتیته فقال: ما اسمک؟ فقلت: علیّ بن الحسین، فقال: ما اسم أخیک؟ قلت: علیّ قال: علیّ و علیّ، ما یرید أبوک أن یدع أحدا من ولده إلّا سمّاه علیّا، ثمّ فرض لی فرجعت إلی أبی فأخبرته، فقال: و یلی علی ابن الزّرقاء دبّاغه الآدم لو ولد لی مائه لأحببت أن لا اسمّی أحدا منهم إلّا علیّا»(۲).

و خبر جابر قال: «أراد أبو جعفر (علیه السلام) الرکوب إلی بعض شیعته لیعوده، فقال: یا جابر ألحقنی فتبعته فلمّا انتهی إلی باب الدّار خرج علینا ابن له صغیر فقال له أبو جعفر (علیه السلام): ما اسمک؟ قال: محمّد، قال: فبم تکنّی قال: بعلیّ، فقال له أبو جعفر (علیه السلام): لقد احتظرت من الشّیطان احتظارا شدیدا، إنّ الشیطان إذا سمع منادیا ینادی: یا محمّد یا علیّ ذاب کما یذوب الرّصاص حتّی إذا سمع منادیا ینادی باسم عدوّ من أعدائنا اهتزّ و اختال»(۳).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۹ح۲

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۹ح۷

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۰ح۱۲

(و أسماء الأنبياء و الأئمّه (عليهم السلام)

اما اسـماء الانبياء فيدل عليه مرسل أبى إسحاق ثعلبه بن ميمون، عن رجل قد سمّاه، عن الباقر (عليه السلام) قال: «أصدق الأسماء ما سمّى بالعبوديّه و أفضلها أسماء الأنبياء»(۱) لكنه ضعيف بالارسال.

و خبر الأصبغ، عن عليّ (عليه السلام) «ما من أهل بيت فيهم اسم نبيّ إلّا بعث اللّه تعالى إليهم ملكا يقدسهم بالغداه و العشيّ»(۲) و هو ضعيف سندا ايضا.

و أمّا أسـماء الأئمّه (عليهم السـلام) فان التسـميه باسـمائهم من مصاديق احياء امرهم فيشمله عموم صحيح بكر بن محمد عن أبى عبـد اللّه (عليه السـلام) قال: قال لفضـيل:«تجلسون و تحـدّثون؟» قال: نعم، جعلت فـداك.قال: «إنّ تلك المجالس أحبّها، فأحيوا أمرنا يا فضيل، فرحم اللّه من أحيى أمرنا»(۳).

و صـحيحه الاـخر عن أبى عبـد اللّه (عليه السـلام) قـال لخيثمه و أنـا أسـمع:«يـا خيثمه، اقرأ موالينا السّـلام، و أوصـهم بتقوى اللّه العظيم، و أن يعود غنيّهم على فقيرهم، و

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۸ح۱ و رواه المعانى فى ۸۵ من أبوابه و فيه بدل «عن رجل سـمّاه» «عن معمر بن عمر» كما أنّه بدّل «و أفضلها» بقوله «و خيرها».

۲- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۳۹۱ح۳

۳- قرب الإسناد (ط - الحديثه)، متن، ص: ۳۶ح۱۱۷

قويّهم على ضعيفهم، و أن يشهد أحياؤهم جنائز موتاهم، و أن يتلاقوا فى بيوتهم، فإنّ لقياهم حياةٌ لأمرنا». ثمّ رفع يده فقال: «رحم اللّه من أحيى أمرنا»(۱).

و قد يستدل للاستحباب بانها من مظاهر و مصاديق المحبه لاهل البيت (عليهم السلام) كما جاء هذا الاستدلال فى مرسل ربعى بن عبد اللّه: قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): «إنّا نسمّى بأسمائكم و أسماء آبائكم فينفعنا ذلك؟ فقال: إى و اللّه و هل الدّين إلّا الحبّ و البغض، قال اللّه تعالى {قُلْ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللّهَ فَاتَّبِعُونِى يُحْبِبْكُمُ اللّهُ وَ يَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُم}(۲).

و يدل على ذلك ايضا ما فى صحيح ابن القداح عن الصادق (عليه السلام) «أنّ النّبىّ (صلى الله عليه و آله) قال لرجل: سمّ ابنك بأحبّ الأسماء إلىّ حمزه»(۳) الدل على استحباب التسميه بحمزه لانه من احب الاسماء لرسول الله (صلى الله عليه و آله) و عليه فهو دال على مطلوبيه كل اسم محبوب له (صلى الله عليه و آله) و لا ريب فى محبوبيه اسماء الائمه الطاهرين (عليهم السلام) بل الظاهر ان محبوبيه اسم حمزه له (صلى الله عليه و آله) لانه كان مدافعا عن الاسلام واستشهد من اجله فيشمل الائمه الطاهرين (عليهم السلام) بالاولويه.

ص:۴۰۳

۱- قرب الإسناد (ط - الحديثه) ص: ۳۲ح۱۰۵

۲- تفسير العياشى، ج۱، ص ۱۶۸

۳- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۳۹۶ح۲

و يؤيد الاستحباب خبر سليمان الجعفريّ عن أبى الحسن (عليه السلام): «لا يدخل الفقر بيتا فيه اسم محمّد أو أحمد أو علىّ أو الحسن أو الحسين أو جعفر أو طالب أو عبد اللّه أو فاطمه من النساء»(۱).

(و تكنيته)

كما فى خبر معمر بن خثيم: «قال لى أبو جعفر (عليه السلام): ما تكنّى؟ قال:ما كنّيت بعد، و ما لى من ولد و لا امرأه و لا جاريه، قال: فما يمنعك من ذلك، قال: قلت: حديث بلغنا عن علىّ (عليه السلام)، قال: و ما هو؟ قلت: بلغنا عن على (عليه السلام) قال: «من اكتنى و ليس له أهل فهو أبو جعفر. فقال أبو جعفر (عليه السلام): شوه ليس هذا من حديث علىّ (عليه السلام) إنّا لنكنّى أولادنا فى صغرهم مخافه النبز أن يلحق بهم»(۲) و به عمل الكلينى.

و وردت التكنيه باسم ابنه ففى معتبرالسّكونىّ، عن جعفر، عن آبائه عليهم السّلام، عن النّبىّ (صلى الله عليه و آله): «السنّه و البرّ: أن يكنّى الرّجل باسم ابنه»(۳).

ص:۴۰۴

۱- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۳۹۶ح۱

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۹ح۱۱

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۲، ص: ۱۶۲ح۱۶وفى نسخه اخرى من الكافى ابيه بدل ابنه لكن ورد الحديث فى الجعفريّات و كتاب إمامه علىّ بن بابويه بنقل النجعه ج۹ ص ۱۵۸وفيهما «ابنه» نسخه واحده.

(و يجوز اللّقب)

لاصاله الجواز ولم يقل باستحبابه كالكنيه لأنّه لم يرد به نص.

(و يكره الجمع بين كنيته بأبى القاسم و تسميته محمّدا)

كما فى معتبر السّكونى عن الصّادق (عليه السلام): «إنّ النّبىّ (صلى الله عليه و آله) نهى عن أربع كنى: عن أبى عيسى، و عن أبى الحكم، و عن أبى مالك، و عن أبى القاسم إذا كان الاسم محمّدا»(1).

قيل: «و يمكن حمله على التّقيّه فإنّ الأصل فى النهى عن أبى عيسى إنّما هو عمر فروى ابن أبى الحديد أنّ سريّه لعبيد اللّه بن عمر جاءت إلى عمر تشكو إليه ابنه، فقالت له: ألا تعذرنى من أبى عيسى، قال: و من أبو عيسى، قال: ابنك عبيد اللّه فدعاه فأخذ يده فعضّها حتّى صاح، ثمّ ضربه، و قال: ويلك هل لعيسى أب- الخبر»، و روى أغانى أبى الفرج مسندا «عن زيد بن أسلم أنّ رجلا جاء يستأذن لأبى عيسى على عمر، فقال عمر: أيّكم أبو عيسى؟ فقال المغيره بن شعبه: أنا، فقال له: هل لعيسى من أب؟ فقال رجل أشهد أنّ النّبىّ (صلى الله عليه و آله) و سلّم كنّاه بها، فقال له عمر: إنّ النّبىّ قد غفر له ما تقدّم من ذنبه و ما تأخّر، و أنا لا أدرى ما يفعل بى، فكنّاه أبا عبد اللّه» فترى أنّ النّبىّ (صلى الله عليه و آله) و سلّم كنّى المغيره به فإن قيل: إنّ طريقه عامّىّ، قلت: فى مثله الذى كان على فاروقهم خبر العامّى أصح من خبر الإمامىّ،

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۱ح۱۵

و کـان لاـبن عمر و المغیره أن یقولاـ له هل: کنّینا بأبی عیسـی بن مریم حتّی تقول لنا: لم یکن لعیسـی أب، ثمّ مرمی کلامه «أنّ النّبیّ (صـلی الله علیه و آله) - إلخ» هو: أنّ التکنیه و لو کانت من النّبیّ (صـلی الله علیه و آله) إنّما کانت ذنبا إلّا أنّه غفر له، و أنا لا أدری یغفر لی أم لا»(۱).

اقول: ان السـکونی و ان کان عامیا لکن الاصحاب اعتمدوا کتابه و لاجل ذلک وصفنا سنده بالمعتبر مع کون النوفلی فی سنده و لم یوثق , و الحمل علی التقیه یحتاج الی قرینه فان کان ما ذکره المستدل قرینه توجب الشک بروایه السکونی فهو و الّا فلا.

هذا و یؤید معتبر السـکونی خبر الجعفریّات بإسـناده «عن جعفر، عن آبائه علیهم السّلام، عن النّبیّ (صلی الله علیه و آله): لا أحل لأحد أن یسمی باسمی و لا یتکنّی بکنیتی إلّا مولود لعلی من غیر ابنتی فقد نحلته اسمی و کنیتی» و المراد محمد بن الحنفیه.

و خبر الدعائم بعد نقله لنهی النبی (صـلی الله علیه و آله) قال: «و رخّص فیه لعلیّ (علیه السلام) » و زاد «و قال المهدیّ من ولدی یضاهی اسمه اسمی و کنیته کنیتی»(۲).

و کان علیه أن یذکر کراهیه الکنیه بأبی مرّه کما ورد فی موثق زراره(۳).

۱- النجعه ج۹ ص۱۵۸

۲- دعائم الإسلام، ج ۲، ص: ۱۸۸ح۶۸۳

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۱ح۱۷

(و ان يسمّى حكما أو حكيما أو خالدا أو حارثا أو ضرارا و مالكا))

كما فى صحيح حمّاد بن عثمان، عن الصّادق (عليه السلام) «أنّ النّبىّ (صلى الله عليه و آله) دعا بصحيفه حين حضره الموت يريد أن ينهى عن أسماء يسمّى بها فقبض و لم يسمّها منها الحكم و حكيم و خالد و مالك، و ذكر أنّها ستّه أو سبعه ممّا لا يجوز أن يتسمّى بها»(۱).

و خبر محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام):« إنّ أبغض الأسماء إلى اللّه عزّ و جلّ حارث و مالك و خالد»(۲) لكنه ضعيف سندا.

و حيث ذكر ضرارا كان عليه أن يذكر «مرّه و حربا و ظالما كما فى خبر جابر، عن الباقر (عليه السلام): «قال النّبىّ (صلى الله عليه و آله) على منبره: ألا إنّ خير الأسماء عبد اللّه و عبد الرّحمن و حارثه و همّام، و شرّ الأسماء ضرار و مرّه و حرب و ظالم»(۳) و هو ايضا ضعيف سندا.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۰ح۱۴
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۱ح۱۶
۳- الخصال، ج ۱، ص: ۲۵۰ح۱۱۸

هـذا و فی صـحیح ابن ابی عمیر عن علیّ بن عطیّه قـال أبو عبـد اللّه (علیه السـلام) لعبـد الملـک بن أعین: «کیف سـمیت ابنک ضریسا؟ فقال: کیف سمّاک أبوک: جعفرا، قال: إنّ جعفرا نهر فی الجنّه و ضریس اسم شیطان»(۱).

و کان علیه أن یذکر النهی عن التسمیه ب «یس» کما فی صحیح صفوان رفعه إلی أبی جعفر (علیه السلام) أو أبی عبد اللّه (علیه السـلام): قال: هـذا محمّد أذن لهم فی التسـمیه به فمن أذن لهم فی «یس»؟ یعنی التسـمیه و هو اسم النّبیّ (صـلی الله علیه و آله)»(۲).

حصیله البحث:

یستحبّ غسل المولود، و الأذان فی أذنه الیمنی و الإقامه فی الیسـری، و تحنیکه بتربه الحسـین علیه السّـلام و ماء الفرات، أو ماءٍ فراتٍ، و تسـمیته محمّداً و علیاً و بأسـماء الأئمّه (علیهم السلام) فان التسمیه باسمائهم من مصادیق احیاء امرهم , و یستحب تکنیه الرجـل بـاسم ابنه فعن النّبیّ (صـلی الله علیه و آله): «السـنّه و البرّ: أن یکنّی الرّجـل باسم ابنه»(۳)، و یکره الجمع بین کنیته بـأبی القاسم و تسمیته بمحمّدٍ، کما و تکره الکنیه بأبی

۱- رجال الکشی اختیار معرفه الرجال مع تعلیقات میر داماد الأسترآبادی ج ۱، ص: ۴۱۲

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۰ح۱۳

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۲، ص: ۱۶۲ح۱۶وفی نسـخه اخری من الکافی ابیه بدل ابنه لکن ورد الحدیث فی الجعفریّات و کتاب إمامه علیّ بن بابویه بنقل النجعه ج۹ ص ۱۵۸وفیهما «ابنه» نسخه واحده.

مرّه و أن يسمّى حكماً أو حكيماً أو خالداً أو ضريسا أو مالكاً و الافضل ان لا يسمى ب«يس» .

(و) فی (أحكام الأولاد أمور)

العقيقه والحلق و الختان و ثقب الاذن

(منها العقيقه)

و الاخبار بها فوق حد الاستفاضه احدها صحيح أبی خديجه عن الصّادق (عليه السلام): «كلّ مولود مرتهن بالعقيقه»(۱).

و اما ما فی معتبر أبی بصير، عنه (عليه السلام): «سألته عن العقيقه أ واجبه هی؟ قال: نعم واجبه»(۲) و مثله غيره(۳) مما ظاهره الوجوب فمحموله علی تاكد الاستحباب و ذلک بقرينه موثق عبد اللَّه بن بكير قال: «كنت عند أبی عبد اللَّه (عليه السلام) فجاءه رسول عمّه عبد اللَّه بن علی فقال له يقول لک عمُّک إنَّا طلبنا العقيقه فلم نجدها فما تری

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۴ح۲

۲- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۵ح۵

۳- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۵ح۱-۳-۷

نتصدَّق بثمنها فقال لا إنَّ اللَّه يُحبُّ إطعام الطَّعام و إراقه الدّماء»(۱) الدال على استحباب اطعام الطعام و اراقه الدماء.

(و الحلق و الختان و ثقب الاذن فی الیوم السابع و لیکن الحلق قبل ذبح العقیقه، و یتصدق بوزن شعره ذهبا أو فضه)

قلت: و لا دلیل علی الترتیب بل کل ذلک فی ساعه واحده کما فی صحیح جمیل بن دراج، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن العقیقه و الحلق و التسمیه بأیّها یبدء؟ قال: یصنع ذلک کلّه فی ساعه واحده یحلق و یذبح و یسمّی ثمَّ ذکر ما صنعت فاطمه علیها السلام لِولدها ثمَّ قال یوزن الشَّعر و یتصدَّق بوزنه فضَّهً»(۲).

و معتبر أبی بصیر، عنه (علیه السلام) «فی المولود یسمّی فی الیوم السّابع و یعقّ عنه و یحلق رأسه و یتصدّق بوزن شعره فضّه- الخبر»(۳).

و موثق سماعه، عنه (علیه السلام): «الصبیّ یعقّ عنه، و یحلق رأسه و هو ابن سبعه أیّام، و یوزن شعره، و یتصدّق عنه بوزن شعره ذهبا أو فضّه»(۴).

ص:۴۱۰

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۵ح۵
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۳ح۴
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۷ح۳
۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۸ح۶

و صحیح معاویه بن وهب، عن الصّادق (علیه السلام): عقّت فاطمه علیها السّلام عن ابنیها و حلقت رؤوسهما فی الیوم السابع و تصدّقت بوزن الشّعر ورقا، و قال کان ناس یلطخون رأس الصبیّ فی دم العقیقه، و کان أبی یقول: ذلک شرک»(۱).

و صحیح عاصم الکوزیّ، عنه، عن أبیه علیهما السّلام: «إنّ النّبیّ (صلی الله علیه و آله) عقّ عن الحسن (علیه السلام) بکبش، و عن الحسین (علیه السلام) بکبش، و أعطی القابله شیئا، و حلق رؤوسهما یوم سابعهما و وزن شعرهما فتصدَّق بوزنه فضَّهً قال فقلت له یُؤخذ الدَّم فیُلطِّخ به رأس الصَّبِیّ فقال ذاک شرک فقلت سبحان اللَّه شرک فقال لو لم یکن ذاک شرکاً فإنَّه کان یُعمل فی الجاهلیَّه و نهی عنه فی الإسلام»(۲).

و فی خبر إسحاق بن عمّار، عنه (علیه السلام) «قلت له: بأیّ ذلک نبدء؟ قال: تحلق رأسه و تعقّ عنه، و تصدّق بوزن شعره فضّه و یکون ذلک فی مکان واحد»(۳) و غیرها.

و هذه الأخبار لا دلاله فیها علی الترتیب و لم یذکره القدماء أیضا و لعل أوّل من قال بالترتیب الشرائع و تبعه المتأخّرون.

و أمّا ثقب الأذن و ختانه فیشهد له صحیح عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (علیه السلام): «ثقب أذن الغلام من السنّه، و ختان الغلام من السّنّه»(۴).

ص:۴۱۱

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۳ح۲
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۳ح۲
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۷ح۳
۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۶ح۵

و فی صحیح علی بن یقطین قال: «سألت أبا الحسن (علیه السلام) عن ختان الصَّبِیّ لسبعه أیَّام من السُّنَّه هو أو یُؤخَّر و أیُّهما أفضل قال لسبعه أیَّامٍ من السُّنَّه وَ إن أُخِّر فلا بأس»(۱).

و تکره القنازع

(و تکره القنازع)

کما فی صحیح ابن القدّاح، عن الصّادق (علیه السلام) کان یکره القزع فی رؤس الصبیان و ذکر أنّ القزع أن یحلق الرّأس إلّا قلیلا و یترک وسط الرأس یسمّی القزعه»(۲).

و فی معتبر السّکونیّ، عن الصّادق (علیه السلام): «أتی النّبیّ (صلی الله علیه و آله) بصبی یدعو له و له قنازع، فأبی أن یدعو له و أمر بحلق رأسه، و أمر النّبیّ (صلی الله علیه و آله) و سلّم بحلق شعر البطن»(۳)

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۶ح۷

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۴۰ح۲

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۴۰ح۳

و يجب الختان عند البلوغ

(و يجب الختان عند البلوغ)

كمـا يـدل عليه معتبر السّـِكونيّ، عن الصّـِادق (عليه السـلام)، عن أمير المؤمنين (عليه السـلام): «إذا أسـلم الرّجـل اختتن و لو بلغ ثمانين»(۱).

و خبر يعقوب بن جعفر فى خبر طويل حول مولـد الكاظم (عليه السـلام) فى إسـلام راهبه و راهب على يده (عليه السـلام) و قال فى آخره: «و قال له: اختتن، فقال: قد اختتنت فى سابعى»(۲).

استحباب خفض النساء و ان بلغن

(و يستحبّ خفض النساء و ان بلغن)

كما فى معتبر الفضل بن شاذان عن الرّضا (عليه السلام) فى خبر: و الختان سنّه واجبه للرّجال و مكرمه للنّساء»(۳).

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۳۷ح۱۰

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۱، ص: ۴۸۱ح۵

۳- العيون باب ما كتبه (عليه السلام) للمأمون، ۳۴ من أبوابه

و اما صحيح عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (عليه السلام): ختان الغلام من السّنّه و خفض الجوارى ليس من السّنّه»(۱) فالمراد أنّه ليس ممّا وجب فى السّنّه كما وجب على الرّجال من طريق السنه لا القران.

و يؤيده خبر مسعده بن صدقه، عن الصّادق (عليه السلام) «خفض الجاريه مكرمه و ليست من السّنّه و لا شيئا واجبا و أىّ شى ء أفضل من المكرمه»(۲).

و العقيقه شاه أو جزور

(و العقيقه شاه أو جزور)

كما فى موثق سماعه عن الصّادق (عليه السلام) فى خبر «و قال: العقيقه بدنه أو شاه»(۳) و الاخبار بذلك مستفيضه(۴).

و أمّا الجزور فيدل عليه معتبر محمّد بن مسلم قال: «ولد لأبى جعفر (عليه السلام) غلامان جميعا فأمر زيد بن علىّ أن يشترى له جزورين للعقيقه و كان زمن غلاء، فاشترى واحده و عسرت عليه الأخرى، فقال لأبى جعفر (عليه السلام): قد عسرت علىّ الأخرى،

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۳۷ح۲
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۳۷ح۳
۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۸ح۶
۴- كمال الدين و تمام النعمه، ج ۲، ص: ۴۳۱ح۶

فتصدّق (فاتصدق-ظ) بثمنها فقال: لا، أطلبها حتّى تقدر عليها فإنّ اللّه يحبّ اهراق الدّماء و إطعام الطعام»(۱).

و اما البدنه فقد تقدم فی موثق سماعه کفایتها و یؤیده ما فی الفقیه «و فی روایه محمّد بن مارد عن الصّادق (علیه السلام): سألته عن العقیقه، فقال: شاه أو بقره أو بدنه- الخبر»(۲).

(و یجتمع فیها شروط الأضحیّه)

و هی السلامه من العیوب و السمن و السن علی الأفضل عند المصنف بل لا یشترط ففی صحیح صفوان عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهال القمّاط: «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): إنّ أصحابنا یطلبون العقیقه إذا کان إبّان یقدم الأعراب فیجدون الفحوله و إذا کان غیر ذلک الإبّان لم توجد فتعزّ علیهم، فقال: إنّما هی شاه لحم لیست بمنزله الأضحیّه یجزی منها کلّ شیء»(۳).

و معتبر مرازم، عن الصّادق (علیه السلام): «العقیقه لیست بمنزله الهدی خیرها أسمنها»(۴) و حملها علی أنّه لیس مثل الأضحیّه فی السن خلاف الظاهر، و ظاهر عنوان الکافی

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۵ح۸

۲- الفقیه (۶ من أخبار عقیقته)

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۰ح۱

۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۰ح۲

«باب أنَّ العقيقه ليست بمنزله الأضحيَه و أنَّها تُجزئُ ما كانت»العموم و أنّه لو كان فيها عيب ليس به عيب.

(و يستحبّ مساواتها الولد فی الذكوره و الأنوثه)

عند المصنف تبعا للمفيد و الأصل فيه خبر الفقيه المتقدم انفا عن محمّد بن مارد، عن الصّادق (عليه السلام) «...ثمّ يسمّی و يحلق رأس المولود يوم السّابع و يتصدّق بوزن شعره ذهبا أو فضّه فإن كان ذكرا عقّ عنه ذكر و إن كان أنثی عقّ عنها أثنی»(۱) ثم قال: و قد روی أن يعقّ عن الذكر بأنثيين و عن الأنثی بواحده».

و فيه: انه ضعيف سندا و نسبه الفقيه الی الروايه بل افتی بما فی موثق عمّار السّاباطیّ، عن الصّادق (عليه السلام) قال: العقيقه لازمه لمن كان غنيا- إلی- و قال فی العقيقه: يذبح عنه كبش، فإن لم يوجد كبش أجزأه ما يجزی فی الأضحيّه و إلّا، فحمل أعظم ما يكون من حملان السّنه»(۲).

و هو المفهوم من الكافی ايضا فروی موثق سماعه: «سألته عن العقيقه فقال: فی الذّكر و الأنثی سواء»(۳).

ص:۴۱۶

۱- من لايحضره الفقيه،ج ۳،ص ۴۸

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۸۵و الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۸ح۹

۳- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۶ح۱

و صحیح منصور بن حازم عن الصّادق (علیه السلام): «العقیقه فی الغلام و الجاریه سواء»(۱).

و صحیح ابن مسکان عنه (علیه السلام): سألته عن العقیقه فقال: عقیقه الجاریه و الغلام کبش کبش»(۲).

و صحیح أبی بصیر، عنه (علیه السلام): «عقیقه الغلام و الجاریه کبش»(۳) و هی تدلّ علی التسویه، و کون عقیقه الجاریه أیضا کبش کالغلام بالصّراحه.

و یدلّ علیه بالعموم أیضا صحیح صفوان المتقدم عن ابن الحجاج عن منهال القمّاط: «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): إنّ أصحابنا یطلبون العقیقه إذا کان إبّان یقدم الأعراب فیجدون الفحوله، و إذا کان غیر ذلک الإبّان لم توجد فتعزّ علیهم- للخبر»(۴) دلّ علی أنّ الأصل فی مطلق العقیقه الفحوله.

و أمّا مرسله علی (یعنی ابن ابراهیم) عن أبی جعفر (علیه السلام): «إذا کان یوم السّابع و قد ولد لأحد کم غلام أو جاریه فلیعقّ عنه کبشا عن الذّکر ذکرا و عن الأنثیمثل ذلک»(۵) و مثله الکافی نسخه واحده(۶) فالمراد «وعن الأنثی أیضا ذکرا» نعم نقلت فی

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۶ح۲

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۶ح۳

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۶ح۴

۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۰ح۱

۵- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۴۲ح۳۳

۶- الکافی ج۶ ص۲۷ ح۴

نسخه الطّبع القديم و حاشيه الكافى، بدلا عن قوله «و عن الأنثى مثل ذلك» «و عن الأنثى انثى» و هو مضافا لارساله لاعبره به بعد تعدد نسخته.

و الدعاء عند ذبحها

(و الدعاء عند ذبحها بالمأثور)

و هى عده روايات نذكر المعتبر منها ففى صحيح صفوان عن إبراهيم الكرخىّ، عن الصّادق (عليه السلام): «تقول على العقيقه إذا عققت: «بسم اللّه و باللّه، اللّهمّ هذه عقيقه عن فلان لحمها بلحمه، و دمها بدمه، و عظمها بعظمه، اللّهمّ اجعله وقاء لآل محمّد عليهم السّلام»(۱).

و فى معتبر يونس و هو من اصحاب الاجماع عن بعض أصحابه، عن الباقر (عليه السلام): «إذا ذبحت فقل: «بسم اللّه و باللّه و الحمد للّه و اللّه أكبر، إيمانا باللّه، و ثناء على رسول اللّه، و العصمه لأمره، و الشّكر لرزقه، و المعرفه بفضله علينا أهل البيت»، فان كان ذكرا فقل: «اللّهمّ إنّك وهبت لنا ذكرا و أنت أعلم بما وهبت و منك ما

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۳۰ح۱

أعطيت و كلّ ما صنعنا فتقبّله منّا على سنّتك و سنّه نبيّك و رسولك (صلى الله عليه و آله) و اخسأ عنّا الشّيطان الرّجيم، لك سفكت الدّماء، لا شريك لك و الحمد للّه ربّ العالمين»(۱).

و فى صحيح الكاهلىّ عنه (عليه السلام) فى العقيقه إذا ذبحت تقول: «وَجَّهْتُ وَجْهِیَ لِلَّذِی فَطَرَ السَّمٰاوٰاتِ وَ الْأَرْضَ حَنِيفاً مسلما وَ مٰا أَنَا مِنَ الْمُشْرِكِينَ، إِنَّ صَلاٰتِی وَ نُسُكِی وَ مَحْيٰایَ وَ مَمٰاتِی لِلّٰهِ رَبِّ الْعٰالَمِينَ لاٰ شَرِيكَ لَهُ، اللّهمّ منك و لك، اللّهمّ هذا عن فلان بن فلان»(۲).

و فى معتبر يونس، عن بعض أصحابه عن الصّادق (عليه السلام): «عقّ النّبىّ (صلى الله عليه و آله) عن الحسن (عليه السلام) بيده و قال «بسم اللّه عقيقه عن الحسن» و قال: «اللّهمّ عظمها بعظمه، و لحمها بلحمه، و دمها بدمه، و شعرها بشعره، اللّهمّ اجعلها وقاء لمحمّد و آله»(۳).

(و سؤال اللّه تعالى أن يجعلها فديه له لحما بلحم و عظما بعظم و جلدا بجلد) هذا داخل فى المأثور فلا وجه لتخصيصه بالذكر.

حصيله البحث:

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۳۰ح۲

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۳۰ح۶

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۳۲ح۱

العقيقه مستحبه مؤكده و الحلق و الختان و ثقب الأذن اليمنى فى اليوم السّابع، و لا ترتيب بينها، و يتصدّق بوزن شعره ذهباً أو فضّةً، و يكره القنازع، و يجب على الصّبىّ الختان عند البلوغ، و يستحبّ خفض النّساء و إن بلغن، و العقيقه شاةٌ و لا يشترط فيها شروط الأضحيّه فإنّما هى شاه لحم يجزى منها كلّ شى ء، و هى فى الذّكر و الأنثى سواء، و الدّعاء عند ذبحها بالمأثور .

و لا يكفى الصدقه بثمنها

(و لا يكفى الصدقه بثمنها)

و إن تعذرت ينتظر يشهد لذلك ما فى معتبر محمّد بن مسلم قال: «ولد لأبى جعفر (عليه السلام) غلامان جميعا فأمر زيد بن علىّ أن يشترى له جزورين للعقيقه و كان زمن غلاء، فاشترى واحده و عسرت عليه الأخرى، فقال لأبى جعفر (عليه السلام): قد عسرت علىّ الأخرى، فتصدّق (فاتصدق-ظ) بثمنها فقال: لا، أطلبها»(۱).

و موثق عبد اللّه بن بكير قال: «كنت عند أبى عبد اللّه (عليه السلام) فجاءه رسول عمّه عبد اللّه بن علىّ فقال له: يقول لك عمّك: إنّا طلبنا العقيقه فلم نجدها فما ترى نتصدّق بثمنها، فقال: لا إنّ اللّه يحبّ إطعام الطعام و اراقه الدّماء»(۲).

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۵ح۸

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۵ح۶

و لتخص القابله بالرّجل و الورک

(و لتخص القابله بالرّجل و الورک)

کما فی صحیح أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام) فی خبر: «و یبعث إلی القابله بالرّجل مع الورک- الخبر»(۱).

و فی صحیح الکاهلیّ عن الصّادق (علیه السلام) فی خبر: «و تعطی القابله الرّجل و الورک و لا یکسر العظم»(۲) و ظاهره ان ما یعطی الی القابله لا یکسر عظمه.

و موثق سماعه، عنه (علیه السلام): «و یطعم القابله الرّجل و الورک- الخبر»(۳) و غیرها.

و اما ما فی معتبر أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن العقیقه- إلی- و تطعم القابله ربع شاه»(۴) فالظاهر تطابقه مع الرجل والورک فیعدّ الرّجل و الورک عرفا ربع الشّاه.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۹ح۱۰
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۹ح۱۱
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۸ح۶
۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۷ح۳

هذا و فی صحیح عاصم الکوزی عنه (علیه السلام) «و أعطی القابله شیئا»(۱) دلاله علی کفایه اعطاء القابله شیئا.

و اما ما فی صحیح أبی خدیجه، عن الصّادق (علیه السلام) فی خبر قال: «و للقابله الثلث من العقیقه»(۲) فشاذ و خلاف باقی النصوص المعتبره فلا عبره به.

(و لو لم تکن قابله تصدّقت به الامّ)

کما فی موثق عمّار عن الصّادق (علیه السلام): «و یعطی القابله ربعها، فإن لم تکن قابله فلأمّه تعطیها من شاءت- الخبر»(۳). و نسبه فی الفقیه الی الروایه(۴) و قد تقدم الاشکال فی روایات عمار فلا عبره به.

ص:۴۲۲

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۳ح۳
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۲ح۲
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۸ح۹
۴- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۸۶

و لو بلغ الولد و لما يعقّ عنه

(و لو بلغ الولد و لما يعقّ عنه استحبّ له العقيقه عن نفسه)

ففى موثق سماعه قال: «سألته عن رجل لم يعقّ عن ولده (و فى نسخه والده) حتّى كبر وكان غلاماً شابّاً أو رجلا قد بلغ قال إذا ضحّى عنه أو ضحّى الولد عن نفسه فقد أجزأت عنه عقيقته و قال رسول اللّه ص المولود مرتهنٌ بعقيقته فكّه أبواه أو تركاه»(۱).

(و إن شكك) الولد هل عق عنه أم لا (فليعق) هو (إذ الأصل عدم عقيقه أبيه)

و يؤيد ذلك خبر عمر بن يزيد، قلت: لأبى عبد اللّه (عليه السلام): «إنّى و اللّه ما أدرى كان أبى عقّ عنّى أم لا؟ قال: فأمرنى أبو عبد اللّه (عليه السلام): فعققت عن نفسى و أنا شيخ»(۲) و سنده الذى فى الكافى و التهذيب ضعيف و اما سند الفقيه(۳) فقيل بصحته لان طريق الصدوق الى عمر بن يزيد صحيح. قلت: الّا ان الصدوق لم يروه عن كتابه فلم يقل روى و انما قال و فى روايه عمر... و هذا التعبير اشاره الى الروايه باسانيدها فى الكتب الراويه لها و الموجود منها ضعيف و عليه فالسند ضعيف.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۳۹ح۳

۲- تهذيب الأحكام ج ۷، ص: ۴۴۱ح۲۷و الكافى ج ۶، ص: ۲۵ح۳

۳- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۸۴

و لو مات الصبی یوم السابع بعد الزّوال لم تسقط

(و لو مات الصبی یوم السابع بعد الزّوال لم تسقط و قبله تسقط)

كما فی صحیح إدریس بن عبد اللّه، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن المولود یولد فیموت یوم السّابع هل یعقّ عنه؟ فقال: إن كان مات قبل الظّهر لم یعقّ عنه و إن مات بعد الظّهر عقّ عنه»(۱).

هل یكره للوالدین أن یأكلا من العقیقه

(و یكره للوالدین أن یأكلا منها شیئا و كذا من فی عیالهما)

لا دلیل علی ذلك عدا صحیح أبی خدیجه «عن الصّادق (علیه السلام) لا یأكل هو و لا أحد من عیاله من العقیقه و قال للقابله الثلث من العقیقه فإن كانت القابله أم الرجل أو فی عیاله فلیس لها منها شی ء- الی- ویأكل منها كل احد الّا الام»(۲) الّا انه قد تقدم ما فی متنه من شذوذ حیث اشتمل علی ان للقابله الثلث و هو مخالف للنصوص المستفیضه من ان لها الربع مضافا الی تناقض صدره «لا یأكل...» مع

۱- الكافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۹ح۱

۲- الكافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۲ح۲

ذیله «یأکل منها کل احد» و هو و ان کان قابلا للتوجیه بان للکراهه مراتب لکنه جمع تبرعی لا شاهد له.

نعم لا شک فی ثبوت الکراهه فی الأمّ کما فی صحیح ابن مسکان و هو من اصحاب الاجماع عمّن ذکره، عن الصّادق (علیه السلام): «لا تأکل المرأه من عقیقه ولدها، و لا بأس بأن تعطیها الجار المحتاج إلی اللّحم»(۱).

و صحیح الکاهلیّ، عنه (علیه السلام) قال: «فی العقیقه لا تطعم الأمّ منها شیئا»(۲).

و فی معتبر أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام): «إذا ولد لک غلام أو جاریه فعق عنه یوم السّابع شاه أو جزورا، و کل منها و أطعم- الخبر»(۳) و هو دالّ علی عدم الکراهه للأب.

و اما ما فی موثق عمّار، عن الصّادق (علیه السلام) فی خبر: «و تطعم منه عشره من المسلمین، فإن زادوا فهو أفضل و تأکل منه- الخبر»(۴) الذی رواه التّهذیب «عن الکافی بلفظ «و لا یأکل منه»(۵) فمضافا الی شذوذ روایات عمار لم یعلم صحّه تلک

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۲ح۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۲ح۳

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۸ح۷

۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۹ح۹

۵- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۴۳ح۳۵

الجمله فنقله الوافی و الوسائل عن الکافی بلفظ «و تأکل منه» و جعلا التّهذیب مثله.

و یؤیده خبر یحیی بن أبی العلاء، عن الصّادق (علیه السلام) فی خبر «و عقّ عنهما شاه شاه، و بعثوا برجل شاه إلی القابله و نظروا ما غیره فأکلوا منه و أهدوا إلی الجیران، و حلقت فاطمه علیها السّلام رؤوسهما»(1) و هو ظاهر فی أکل الجمیع النّبیّ (صلی الله علیه و آله) و أمیر المؤمنین (علیه السلام) منها.

و مثله خبر أبی هارون مولی آل جعده، عن الصّادق (علیه السلام) فی خبر «و کان ولد له غلام فقال: یا أبا هارون اذهب فاشتر کبشین و استسمنهما و اذبحهما و کل و أطعم» و هو أیضا دالّ علی أمر الأب بالأکل من عقیقه ولده.

نعم قال فی الفقیه: «و الأبوان لا یأکلان من العقیقه، و لیس ذلک بمحرّم علیهما و إن أکلت منه الأمّ لم ترضعه» و لیس له من مستند، سوی الرّضوی فی قوله: «إن أکلت منه الأمّ لم ترضعه» و هو کما تری.

(و) یکره (أن تکسر عظامها بل تفصل أعضاؤها)

ص:426

1- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج 6، ص: 33ح5

عنـد المصـنف لكن ادلته مخدوشه, فاسـتدل لذلک بموثق عبد اللّه بن سـنان، عن الصّادق (علیه السـلام): «قال:عقّ عنه- إلی- و اقطع العقیقه جـذاوی و اطبخها...»(۱) والمراد من الجـذاوی جمع جـذوه و هی القطعه ای واقطع العقیقه قطعـا ولاـ دلاله لها علی عـدم الکسـر, نعم فی هامش المطبوع «فی بعض النسـخ جـدولا أی أعضاء». و فی النهایه قال: و فی حـدیث عائشه «العقیقه تقطع جدولا، لا یکسر لها عظم» الجدول جمع جدل- بالکسر و الفتح فی الجیم: العضو.

قلت: لکن لم تثبت نسخه الجداول حتی یفتی بها.

و اسـتدل بصـحیح أبی خدیجه عن الصّادق (علیه السـلام) وفیه: «و تجعل أعضاء ثمّ یطبخها و یقسّمها»(۲) الظاهر فی عدم کسر العظام بان یجعلها اعضاء الّا انه قد تقدم ما فی متنه من شذوذ فلا وثوق به.

و بصـحیح الکـاهلیّ، عن الصّیـادق (علیه السـلام) - فی خبر- «و تعطی القـابله الرّجـل و الورک و لا یکسـر العظم»»(۳) وفیه: ان ظاهره ان ما یعطی الی القابله لا یکسر عظمه.

ص:۴۲۷

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۷ح۱
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۳۲ح۲
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۹ح۱۱

و اما ما يعارضها و هو موثق عمّار السّاباطى «وسئل عن العقيقه إذا ذبحت هل يكسر عظمها؟ قال: نعم يكسر عظمها، و يقطع لحمها و تصنع بها بعد الذّبح ما شئت»(۱) الدال على كسر العظم. ففيه: ما تقدم من عدم الوثوق بروايات عمار.

و يستحب أن يدعى لها المؤمنون

(و يستحب أن يدعى لها المؤمنون و أقلّهم عشره)

كما موثق عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (عليه السلام): «قال:عقّ عنه- إلى- و اقطع العقيقه جذاوى(۲) و اطبخها و ادع عليها رهطا من المسلمين»(۳).

وخبر حفص الكناسىّ، عنه (عليه السلام) فى خبر «و يدعى نفر من المسلمين فيأكلون و يدعون للغلام، و يسمّى يوم السّابع»(۴) و مقتضى الأوّل كفايه دون العشره فى أداء السنّه ففى الصّحاح: «و الرّهط ما دون العشره من الرّجال لا يكون فيهم امرأه قال تعالى «وَ كانَ فِي الْمَدِينَهِ تِسْعَهُ رَهْطٍ» و كذا الثانى ففى الصحّاح أيضا «و النفر- بالتحريك- عدّه رجال من ثلاثه إلى عشره».

ص:۴۲۸

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۸۶

۲- جمع جذوه و هى القطعه. و فى بعض النسخ «جدولا» أى أعضاء».

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۷ح۱

۴- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۸ح۵

و إنّما ورد كون الأقلّ عشره فى موثق عمّار لكن لا مع دعوتهم بل إعطاءهم ففيه: «و تطعم منه عشره من المسلمين فإن زادوا فهو أفضل- الخبر»(۱) و قد تقدم الاشكال فى رواياته.

و يدلّ على الإطعام أيضا معتبر أبى بصير، عنه (عليه السلام) و فيه: «و كلّ منها و أطعم و سمّ و احلق رأسه يوم السابع»(۲).

و صحيحه و فيه: «و يطعم منه و يتصدّق»(۳) و مقتضى الجمع بينها أداء السنّه بالدّعوه أو الإطعام بدون الدّعوه، و دلّ الأخير على استحباب التّصدّق منها أيضا.

و فى صحيح أبى خديجه المتقدم: «و تجعل أعضاء ثمّ يطبخها و يقسّمها و لا يعطيها إلّا لأهل الولايه»(۴) الّا انه قد تقدم ما فى متنه من شذوذ.

و فى خبر يحيى بن أبى العلاء المتقدم «فأكلوا منه و أهدوا إلى الجيران- الخبر»(۵) لكنه ضعيف سندا.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۸ح۹

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۸ح۷

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۹ح۱۰

۴- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۳۲ح۲

۵- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۳۳ح۵

و أن تطبخ بالماء و الملح

(و أن تطبخ بالماء و الملح)

اما اصل الطبخ فيشهد له ما فی موثق عبد اللّه بن سنان المتقدم «و اطبخها و ادع علیها رهطا من المسلمین»(۱) و غیره.

و اما کونه بالملح و الماء فتدل علیه مرسله الفقیه: «و روی أنّ أفضل ما یطبخ به ماء و ملح»(۲) لکنه ضعیف بالارسال و نسبه الفقیه الی الروایه.

ثمّ الأمر بالطبخ لا یدل علی کراهه الإعطاء لحما أو شویّه کما لا یخفی.

حصیله البحث:

و لا تکفی الصّدقه بثمنها و إن تعذرت ینتظر , و لیخصّ القابله بالرّجل و الورک، و لو بلغ الولد و لمّا یعقّ عنه استحبّ له العقیقه عن نفسه، و لو شکّ فلیعقّ إذ الأصل عدم عقیقه أبیه، و لو مات الصّبیّ یوم السّابع بعد الزّوال لم تسقط و قبله تسقط، و یکره للام أن تأکل منها شیئاً، قیل: ویکره أن یکسر عظامها بل تفصل

ص:۴۳۰

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۷ح۱

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۸۶

أعضاءً قلت: لم تثبت كراهه ذلک، و يستحبّ أن يدعى لها رهط من المسلمين و هم دون العشره، و ان تطبخ .

(و منها الرضاع)

هل يجب على الأمّ إرضاع اللّباء؟

(فيجب على الأمّ إرضاع اللّباء)

عند المصنف , و اللّباء بكسر اللام هو أوّل اللّبن فى النتاج قيل: و إنّما وجب عليها ذلک لأنّ الولد لا يعيش بدونه.

وردّ: بـإنّه لاـ يعيش بـدون إرضـاع من أمّه أو غيرهـا، و أمّـا بـدون اللّبـاء فلاـ و انه لم يرد به خبر و لاـ ذكره القـدماء، و إنّما فى المبسوط «ليس للبدن قوام بدون اللّباء»(۱) و لازم ذلک انه لو ماتت الأمّ فى ولادتها لزم أن لا يعيش ولدهاو هو كما ترى.

(بأجره على الأب)

لأنه لا يجب عليها إرضاعه مجانا عنـد المصـنف للأصل و اسـتدل لذلک بقوله تعالى {لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا}(۲) الشامل بإطلاقه لجميع موجبات الإضرار و لو حصل

ص:۴۳۱

۱- النجعه ج۹، ص ۱۷۸

۲- سوره البقره: ۲۳۳

ذلک من ناحیه الإرضاع، و لخبر سلیمان بن داود المنقری قال: «سئل أبو عبد اللّه (علیه السلام) عن الرضاع فقال: لا تجبر الحره علی رضاع الولد و تجبر أم الولد»(۱).

و اما اخذ الاجره فلقوله تعالی { فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَکُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ }(۲).

(ان لم یکن للولد مال) لأن المقام من صغریات الإنفاق، و یأتی فی باب النفقات أنه علی الولد إن کان له مال و إن لم یکن له مال فعلی الأب.

و فیه: ان هذا صحیح لو لم یقم دلیل علی وجوب ارضاعها مجانا فقال تعالی {وَ الْوالِداتُ یُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَیْنِ کامِلَیْنِ لِمَنْ أَرادَ أَنْ یُتِمَّ الرَّضاعَهَ وَ عَلَی الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ کِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} وظاهر الایه الوجوب و أنّه لیس لهنّ غیر نفقه الزّوجیّه، و یشهد لذلک صحیح ابن ابی عمیر عن عبد الوهاب بن الصباح قال: «قال ابو عبد الله (علیه السلام) الفرض فی الرضاع أحد و عشرون شهرا فما نقص من أحد و عشرین شهرا فقد نقص المرضع فان أراد ان یتم الرضاعه فحولین کاملین»(۳).

ص:۴۳۲

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۴۰ح۴

۲- سوره الطلاق: ۶

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸، ص: ۱۰۶ح۷

و مثله فی الدلاله خبر سماعه عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) قال: «الرضاع أحد و عشرون شهرا فما نقص فهو جور علی الصبی»(۱).

و یؤیده ما ورد فی حدیث معراج الرسول (صلی اللّه علیه و آله و سلم): «ثم انطلق بی فإذا انا بنساء تنهش ثدیهن الحیات فقلت ما بال هؤلاء؟ فقیل: هؤلاء اللواتی یمنعن أولادهن ألبانهن»(۲).

و اما قوله تعالی {فَإِنْ أَرْضَعْن...} فمورده المطلقات و لا اطلاق فیه, و بذلک افتی الشیخ فی المبسوط وابن حمزه فی الوسیله و قال بأنّ المرأه إذا کانت غیر مطلّقه لم یصحّ إجارتها و لا یجوز لها أخذ الأجره لأنّ منافعها للزّوج. قلت: وان کان تعلیله بان منافع الزوجه للزوج غیر صحیح لأنه لا یستحق بالزوجیه منافعها و إنما استحق الاستمتاع کما لا یخفی.

وکذلک المفید و الحلبیّ و الدّیلمیّ لم یذکروا أخذ الأجره إلّا للمطلّقه کما هو مورد الآیه.

و اما خبر المنقری فضعیف لان سلیمان و ان وثقه النجاشی الّا ان ابن الغضائری قال فیه ضعیف جداً لا یلتفت الیه یوضع کثیراً علی المهمات(۳) و هو عامّیّ، و ما فیه مذهب الشّافعیّ و أبی حنیفه.

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۰۶ح۶

۲- الدر المنثور ۱: ۲۸۷- أخرجه الحاکم و صححه عن أبی أمامه.

۳- رجال ابن الغضائری ص۸۴

استحباب ارضاع الأمّ الولد طول المده

(و يستحبّ للأمّ أن ترضعه طول المدّه المده المعتبره فی الرضاع)

و هی حولان کاملان لمن أراد أن یتم الرضاعه فإن أرادت الاقتصار علی أقل الواجب فأحد و عشرون شهرا کما تقدم و قلنا انه واجب علیها بلا اجره.

و یشهد للاستحباب ما فی معتبر طلحه بن زید، عن الصّادق (علیه السلام): «قال أمیر المؤمنین (علیه السلام): ما من لبن یرضع به الصبیّ أعظم برکه علیه من لبن أمّه» (۱).

هذا و قال الشیخ أنّه یجوز الزّیاده علی الحولین شهرا و شهرین لا أکثر و تبعه القاضی و ابن حمزه لکن لم یذکره المفید و الدّیلمیّ و الحلبیّ و لم نقف له علی مستند و أمّا نسبه الحلیّ له إلی الرّوایه فإنّما هو لأنّه رأی أنّ النهایه أفتی به.

(و الأجره کما قلناه)

من کونها فی مال الولد إن کان له مال و إلّا فعلی الأب عند المصنف و قد تقدم الاشکال فیه.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۴۰ح۱

(و لها إرضاعه) حيث يستأجرها الأب (بنفسها و بغيرها) إذا لم يشترط عليها إرضاعه بنفسها كما فی كل أجير مطلق (و هی أولی) بإرضاعه و لو بالأجره (إذا قنعت بما يقنع به الغير)

اما ان لها اخذ الاجره فلقوله تعالی {فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ}(۱) وتقدم ان مورد الايه المطلقات, هذا ان لم يكن للولد مال كما سيأتی فی باب النفقات أنه علی الولد إن كان له مال و إن لم يكن له مال فعلی الأب.

و أمّا كونها أولی إذا قنعت فيشهد لذلك قوله تعالی {لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا}(۲) الشامل بإطلاقه لجميع موجبات الإضرار و لو حصل ذلك من ناحيه الإرضاع كما ورد ذلك فی صحيح الحلبی عن أبی عبد اللّه (عليه السلام) قال: «الحبلی المطلّقه يُنفق عليها حتّی تضع حملها و هی أحقّ بولدها حتّی ترضعه بما تقبله امرأهٌ أُخری إنَّ اللّه يقول {لا تُضَارَّ والِدَهٌ بِوَلَدِها وَ لا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ}(۳).

۱- سوره الطلاق: ۶

۲- سوره البقره: ۲۳۳

۳- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۴۷۲ب۸۱ح۵

و يؤيد ذلك خبر فضل أبى العبّاس: «قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): الرّجل أحقّ بولده أم المرأه؟ قال: لا بل الرّجل فإن قالت المرأه لزوجها الذى طلّقها: أنا أرضع ابنى بمثل ما تجد من يرضعه، فهى أحقّ به»(۱).

و خبر أبى الصّباح، عنه (عليه السلام) - فى خبر فى طلاق المرأه- «فإن هى رضيت بذلك الأجر فهى أحقّ بابنها حتّى تفطمه»(۲).

(و لو طلبت زياده) عن غيرها (جاز للأب انتزاعه منها و تسليمه الى الغير) قال تعالى {وإِنْ تَعاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرى}(۳).

و يفهم من قوله انتزاعه و تسليمه سقوط حضانتها أيضا و هو أحد القولين و وجهه لزوم الحرج بالجمع بين كونه فى يدها و تولى غيرها إرضاعه «و لظاهرصحيح داود بن الحصين، عنه (عليه السلام) فى خبر «فإن وجد الأب من يرضعه بأربعه دراهم و قالت الأمّ لا أرضعه إلّا بخمسه دراهم، فإنّ له أن ينزعه منها إلّا أنّ ذلك خير له و أرفق به أن يتركه مع أمّه»(۴) و لاشك فى ظهوره فى المطلقه و انها تسقط حضانتها.

ص:۴۳۶

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۴۴ح۱

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۴۵ح۲

۳- سوره الطلاق: ۶

۴- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۴۵ح۴

قيل: و الأقوى بقاء الحضانه لها لعـدم تلازمهما فيجمع بين ارضاع الغير له وبين حضانه الام مع عدم الحرج. و فيه: انه اجتهاد قبال النص.

و للمولى إجبار أمته على الإرضاع

(و للمولى إجبار أمته على الإرضاع لولدها و غيره)

لأن منافعها مملوكه له فله التصرف فيها كيف شاء .

و اما الاستدلال له بخبر سليمان المنقرىّ قال: «سئل أبو عبد اللّه (عليه السلام) عن الرّضاع فقال: لا تجبر الحرّه على رضاع الولد و تجبر أمّ الولد»(۱) فقد تقدم الاشكال فيه.

حصيله البحث:

لا يجب على الأمّ إرضاع اللّبإ نعم يجب عليها ارضاعه مجانا , و يستحبّ أن ترضعه طول المدّه و هى حولان كاملان لمن أراد أن يتم الرضاعه فإن أرادت الاقتصار على أقل الواجب فأحد و عشرون شهرا, و للام المطلقه إرضاعه بنفسها و بغيرها و هى أولى إذا قنعت بما يقنع به الغير، و لو طلبت زيادةً جاز للأب انتزاعه و تسليمه إلى الغير، و للمولى إجبار أمته على الإرضاع لولدها و غيره.

ص:۴۳۷

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۴۰ح۴ وتقدم الاشكال فيه ص ۳۹۰

(و منها الحضانه)

فالأم أحقّ بالولد مدّه الرضاع

(فالأم أحقّ بالولد مدّه الرضاع و ان كان ذكرا إذا كانت حرّه مسلمه عاقله أو كانا رقيقين أو كافرين)

لانه يشترط فى ثبوت حق الحضانه للأم أن تكون مسلمه إذا كان الولد مسلما، و أن تكون حره إن كان الولد حرا، و أن تكون عاقله، و ذلك لظهور الإجماع فى كل ذلك و انصراف الأدله منها مضافا إلى أن الحضانه نحو حق و لا حق للكافر على المسلم.

و كذلك يشترط أن لا تكون فيها مرض معد مما يترتب خوف الضرر على الولد بحضانتها و كذا فى المجنونه إلّا إذا كانت جنونها يزول سريعا بحيث لا يضر بحضانتها عرفا.

و كذا يعتبر فى الأب الذى له حق الحضانه جميع ذلك لنفس الدليل السابق.

و كذلك لا حضانه للعبد مع وجود الحر و يشهد لذلك صحيح ابن محبوب عن داود الرّقّى، عنه (عليه السلام): «سألته عن امرأه حرّه نكحت عبدا فأولدها أولادا ثمّ إنّه طلّقها فلم تقم مع ولدها و تزوّجت فلمّا بلغ العبد أنّها تزوّجت أراد أن يأخذ ولده

منها، و قال: أنا أحقّ بهم منك إن تزوّجت، فقال: ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها و إن تزوّجت حتّى يعتق، هى أحقّ بولدها منه ما دام مملوكا، فإذا أعتق فهو أحقّ بهم منها»(۱).

و صحيح الفضيل بن يسار عن الصّادق (علیه السلام): «أيّما امرأه حرّه تزوّجت عبدا فولدت منه أولادا فهى أحقّ بولدها منه، و هم أحرار، فإذا أعتق الرّجل فهو أحقّ بولده منها لموضع الأب»(۲).

(فاذا فصل فالأمّ أحق بالأنثى إلى سبع و الأب أحقّ بالذكر الى البلوغ و بالأنثى بعد السبع)

ذهب إليه النهايه و كامل القاضى و ابن حمزه و ابن زهره و الحلى.

و ذهب المفيد و الدّيلمىّ إلى التسع فيهما.

و ذهب الإسكافىّ و المبسوطان إلى السّبع فى الذّكر و البلوغ فى الأنثى.

هذه الاقوال و اما الاخبار فصحيح داود بن الحصين، عنه (علیه السلام) قال {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ} قال: ما دام الولد فى الرّضاع فهو بين الأبوين بالسّويّه فإذا فطم

۱- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۴۵۹ح۲
۲- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۴۵۹ح۱

فالأب أحقّ به من الأمّ فإذا مات الأب فالأمّ أحقّ به من العصبه- الخبر»(۱) دل على ان الحضانه للام مده الارضاع الى الفطام سواء كان الولد ذكرا ام انثى و ما بعد ذلک فالحضانه للاب مطلقا و لا تخفى قوه دلالته لانه فى مقام البيان.

و مثله صحيح الحلبى عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) قال: «الحبلى المطلّقه ينفق عليها حتّى تضع حملها و هى أحقّ بولدها حتّى ترضعه بما تقبله امرأهٌ أخرى إنّ اللّه يقول {لا تُضَارَّ والِدَهٌ بِوَلَدِها وَ لا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِه}(۲) .

و يؤيد ذلک خبر فضل أبى العبّاس: «قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): الرّجل أحقّ بولده أم المرأه؟ قال: لا بل الرّجل فإن قالت المرأه لزوجها الذى طلّقها: أنا أرضع ابنى بمثل ما تجد من يرضعه، فهى أحقّ به»(۳).

و خبر أبى الصّباح، عنه (عليه السلام) - فى خبر فى طلاق المرأه- «فإن هى رضيت بذلک الأجر فهى أحقّ بابنها حتّى تفطمه»(۴).

و لا يعارضها شىء عدا صحيح عبد اللّه بن جعفر الحميرىّ، عن أيّوب بن نوح قال:كتب إليه بعض أصحابه أنّه كانت لى امرأه ولى منها ولد و خلّيت سبيلها؟

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۴۵ح۴

۲- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۴۷۲ب۸۱ح۵

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۴۴ح۱

۴- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۴۵ح۲

فكتب (عليه السلام): «المرأه أحقّ بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلّا أن تشاء المرأه»(۱) الدال على حضانه المرأه للولد الى سبع سنين سواء كان ذكرا ام انثى.

و اطلاق خبر المنقرىّ، عمّن ذكره: سئل أبو عبد اللّه (عليه السلام) «عن الرّجل يطلّق امرأته و بينهما ولد أيّهما أحق بالولد؟ قال: المرأه أحقّ بالولد ما لم تتزوّج»(۲) الدال على حضانتها للولد الى ان تتزوج و عمل به المقنع كما نقله المختلف.

قلت: و هو مع ضعفه سندا مطابق لروايات العامه فعن عبد اللّه بن عمرو: إنّ امرأه قالت للنّبىّ (صلى الله عليه و آله): إنّ ابنى هذا كان بطنى له وعاء و ثديى له سقاء و حجرى له حواء و إنّ أباه طلّقنى و أراد أن ينتزعه منّى فقال (صلى الله عليه و آله) لها: أنت أحقّ به ما لم تنكحى»(۳).

و عن أبى هريره فى خبر قال: «سمعت امرأه جاءت إلى النّبىّ (صلى الله عليه و آله) و أنا قاعد عنده، فقالت: إنّ زوجى يريد أن يذهب بابنى و قد سقانى من بئر أبى عنبه، و قد نفعنى، فقال (صلى الله عليه و آله): استهما عليه، فقال زوجها: من يحاقّنى فى ولدى؟ فقال (صلى الله عليه و آله): هذا أبوك و هذه أمّك فخذ بيد أيّهما شئت، فأخذ بيد أمّه فانطلقت به»(۴).

۱- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۴۷۲ح۶
۲- الوسائل ج ۲۱، ص: ۴۷۱ ب۸۱ح۴ وفى الفقيه عن حفص بن غياث بدل عمن ذكره.
۳- سنن أبى داود فى باب من أحقّ بالولد، ۷۴۲ من أبوابه من جزئه الثانى
۴- المصدر السابق

و اما مكاتبه أيّوب فرواها السرائر عنه بتفاوت فى المعنى فقال: «كتبت إليه مع بشر بن بشَّار جعلت فداك رجل تزوَّج امرأه فولدت منه ثمَّ فارقها متى يجب له أن يأخذ ولده فكتب إذا صار له سبع سنين فإن أخذه فله وإن تركه فله»(۱) فالسؤال وقع عن الزمان الذى يلزم الرجل مطالبه الزوج بالولد فلا دلاله فيها على ان الام لها الحق قبل السبع وعليه فهى عاجزه عن معارضه صحيح داود وغيره مما تقدم وحاصل النصوص المعتبره ان الاب احق بالولد بعد الفطام مطلقا واما ما افتى به الاصحاب من تفصيلات فلا دليل عليه كما عرفت وحيث انهم لم يتفقوا على قول واحد وانها متعارضه فلا عبره بها, فالاقوى ان الحضانه للاب بعد الفطام بلا فرق بين الذكر والانثى.

(و الام أحق من الوصى بالابن و البنت و ان تزوّجت)

كما تقدم فى صحيح داود بن الحصين «فإذا مات الأب فالأمّ أحقّ به من العصبه- الخبر»(۲).

و صحيح ابن سنان، عن الصّادق (عليه السلام) فى خبر: «و ليس للوصىّ أن يخرجه من حجرها حتّى يدرك و يدفع إليه ماله»(۳).

۱- وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص: ۴۷ح۷
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۴۵ح۴
۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۴۱ح۷

فان فقد الأبوان فالحضانه لأب الأب

(فإن فقد الأبوان فالحضانه لأب الأب فإن فقد فللأقارب الأقرب فالأقرب)

لإطلاق قوله تعالى {وأُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلى بِبَعْضٍ}(١) الشامل للحضانه. ولا دليل غيره يعول عليه و بذلك يظهر ضعف ما يخالف ذلك من الاقوال الاتيه وهی:

ما ذهب اليه الحلى من تقديم أبى الأب بعد الأبوين، و قال المفيد: « فإن لم يكن له أمّ و كان له أب قام مقامه فی ذلک فإن لم يكن له أب و لا أمّ كانت الأمّ الّتى هى الجدّه أحقّ به من البعداء»، و المفهوم من كلام ابن حمزه تقديم أمّ الأب و أمّ الأمّ على أبى الأب،و قال القاضی: «فإن تزوّجت و لها أمّ كانت أمّها أحقّ به من الأب- إلى- فإن لم يكن أمّهات للأم على ما ذكرناه كان الأب أحقّ به من كلّ واحد من أمّهاته و آبائه يجرون فی كونهم أحق به مجرى أحقّهم بميراثه».

و قال الإسكافی: «قرابه الأم أحق بالأنثى من قرابه الأب لحكم النّبیّ (صلى الله عليه و آله) بابنه حمزه لخالتها دون أمير المؤمنين (عليه السلام) و جعفر و قد طالبا بها لأنّها ابنه عمها، و قال أمير المؤمنين (عليه السلام): إنّ عندی ابنه النّبیّ (صلى الله عليه و آله) و هی أحقّ بها، فقال النّبیّ (صلى الله عليه و آله): ادفعوها إلى خالتها فإن الخاله أمّ».

١- الانفال ٧۵

قلت: الأصل فی ما قال الإسکافیّ ما رواه سنن أبی داود «عن نافع بن عجیر، عن أبیه، عن علیّ (علیه السلام) قال: خرج زید بن حارثه إلی مکّه فقدم بابنه حمزه فقال جعفر: أنا آخذها أنا أحقّ بها ابنه عمّی و عندی خالتها و إنّما الخاله أمّ، فقال علیّ: أنا أحقّ بها ابنه عمّی و عندی ابنه النّبیّ (صلی الله علیه و آله) و هی أحقّ بها فقال زید: أنا أحقّ بها أنا خرجت إلیها و سافرت و قدمت بها، فخرج النّبیّ (صلی الله علیه و آله) فذکر حدیثا، قال «و أمّا الجاریه فأقضی بها لجعفر تکون مع خالتها و إنّما الخاله أمّ»(۱) و رواه بإسناد آخر و فیه «و قضی بها لجعفر، و قال: إنّ خالتها عنده» ثمّ «عن هانی و هبیره عن علی قال: لمّا خرجنا من مکّه تبعتنا بنت حمزه تنادی یا عمّ یا عمّ فتناولها علیّ فأخذ بیدها و قال: دونک بنت عمّک فحملتها فقصّ- الخبر» قال:و قال جعفر ابنه عمّی و خالتها تحتی فقضی بها النّبیّ (صلی الله علیه و آله) لخالتها و قال:الخاله بمنزله الأمّ» .

و روی أمالی ابن الشّیخ بسند ضعیف عن الرّضا، عن آبائه، عن علیّ علیهم السّلام أنّ النّبیّ (صلی الله علیه و آله) قضی بابنه حمزه لخالتها و قال: الخاله والده»(۲)و الظاهر أنّه إشاره إلی ما فی السّنن و سنده ضعیف وهو مخالف للکتاب وموافق للعامه کما فی المبسوط إنّ کون الخاله بمنزله الأمّ مشتهر بین العامّه . فلا عبره به.

ص:۴۴۴

۱- سنن أبی داود (فی باب من أحقّ بالولد، ۷۴۲ منه فی خبره ۳)

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۴۶۰ب۷۳ح۴

و لو تزوّجت الام سقطت حضانتها

(و لو تزوّجت الام سقطت حضانتها)

لخبر المنقریّ، عمّن ذكره، عن الصّادق (علیه السلام): سئل عن الرّجل یطلّق امرأته و بینهما ولد أیّهما أحقّ بالولد؟ قال: المرأه أحقّ بالولد ما لم تتزوّج» و قد تقدم ضعفه وقلنا ان الام احق بولدها مده الرضاع وان تزوجت لاطلاق صحیح ابن داود و اما بعد الفطام فالحضانه للاب نعم مع فقد الاب فالحضانه لها تزوجت ام لم تتزوج , و بذلک یظهر ضعف قول المصنف: (فان طلقت عادت) الذی ذکره المبسوطان و ابن حمزه، و مثله فی الضعف قول الحلیّ بعدم عودها فان الحضانه لها مع فقد الاب تزوجت ام لم تتزوج.

سقوط الحضانه عن الولد إذا بلغ رشیدا

(و إذا بلغ الولد رشیدا سقطت الحضانه عنه)

كما فی صحیح ابن سنان، عن الصّادق (علیه السلام) «فی رجل مات و ترک امرأته و معها منه ولد فألقتها علی خادم لها فأرضعته ثمّ جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصیّ،

فقال: لها أجر مثلها و ليس للوصیّ أن یخرجه من حجرها حتّی یدرک و یدفع إلیه ماله»(۱).

و اما قوله «رشیدا» فلا علاقه له بالحضانه و لا دلیل علیه من حیثها .

ثم ان الحضـانه حقّ و هـل لصاحبها إسـقاط حقّه منها ام هی حکم؟ الظاهر من صـحیح داود المتقـدم انها من الحقوق ففیه: «فإن وجد الأب من یرضـعه بأربعه دراهم و قالت الأمّ لا أرضـعه إلّا بخمسه دراهم فإنّ له أن ینزعه منها إلّا أنّ ذلک خیر له و أرفق به أن یترکه مع أمّه»(۲) و یؤید ذلک صحیح أیّوب بن نوح المتقدم قال: کتب إلیه بعض أصحابه أنّه کانت لی امرأه و لی منها ولد و خلّیت سبیلها؟ فکتب (علیه السـلام): المرأه أحقّ بالولد إلی أن یبلغ سبع سنین، إلّا أن تشاء المرأه» و بروایته الاخری «فإن أخذه فله وإن ترکه فله»(۳) لکنه تقدم الاشکال فیه.

حصیله البحث:

الأمّ لها الحق بحضانه الولـد مـدّه الرّضاع و إن کان ذکراً إذا کانت حرّهً مسـلمهً أو کانا رقیقین أو کافرین، و یشترط أن لا تکون فیها مرض معد مما یترتب خوف الضرر علی الولد بحضانتها و کذا فی المجنونه إلّا إذا کانت جنونها یزول سریعا

ص:۴۴۶

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۴۱ح۷

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۴۵ح۴

۳- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص: ۴۷ح۷

بحيث لا يضر بحضانتها عرفا, و كذا يعتبر فى الأب الذى له حق الحضانه جميع ذلك ايضا و كذلك لا حضانه للعبد مع وجود الحر , و الولد ما دام فى الرّضاع فهو بين الأبوين بالسّويّه فإذا فطم فالأب أحقّ به من الأمّ فإذا مات الأب فالأمّ أحقّ به من العصبه، و الوصىّ، فإن فقد الأبوان فالحضانه لأب الأب، فإن فقد أبو الأب فالأقارب الأقرب منهم فالأقرب، و لو تزوّجت الأمّ لم تسقط حضانتها، و إذا بلغ الولد سقطت الحضانه عنه و الحضانه حقّ و لصاحبها إسقاط حقّه منها.

(النظر الثانى فى النفقات)

(و أسبابها الزوجيه و القرابه و الملك)

وجوب نفقه الزوجه بالعقد الدائم بشرط التمكين الكامل

(فالأول تجب نفقه الزوجه بالعقد الدائم)

كما دل عليه الكتاب و السنه و إجماع المسلمين إن لم يكن من ضروره الدين قال تعالى {الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَى النِّساءِ بِما فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلى بَعْضٍ وَ بِما أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوالِهِم}(۱) و قال تعالى {و عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوف}(۲) إلى غير ذلك من الآيات الشريفه، و من السنه روايات كثيره هى فوق حد التواتر، فمنها ما عن الصادق

۱- سوره النساء: ۳۴

۲- سوره البقره: ۲۳۳

(علیه السلام) فی معتبره فضیل بن یسار فی قوله تعالی {وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ} قال: إن أنفق علیها ما یقیم ظهرها مع کسوه و إلّا فرّق بینهما»(۱) و عن أبی جعفر الباقر (علیه السلام) فی معتبره أبی بصیر: «من کانت عنده امرأه فلم یکسها ما یواری عورتها و یطعمها ما یقیم صلبها کان حقا علی الإمام أن یفرّق بینهما»(۲).

و أما اشتراط أن تکون الزوجه دائمه فللضروره من المذهب و النص الدال علی عدم وجوب النفقه فی النکاح المنقطع کما تقدم .

(بشرط التمکین الکامل)

کما فی معتبر السّکونیّ، عن الصّادق (علیه السلام)، عن النّبیّ (صلی الله علیه و آله): «أیّما امرأه خرجت من بیتها بغیر إذن زوجها فلا نفقه لها حتّی ترجع»(۳).

هذا و قد تقدم انها مع التمکین یمکن سقوط نفقتها بما إذا أراد طلاقها أو التزوّج علیها و صالحت من نفقتها علی ترکهما کما فی صحیح زراره، عن الباقر (علیه السلام) «عن المهاریه یشترط علیها عند عقده النکاح أن یأتیها متی شاء کلّ شهر و کلّ جمعه یوما و من النّفقه کذا و کذا، قال: لیس ذلک الشّرط بشیء، و من تزوّج امرأه فلها ما للمرأه من النّفقه و القسمه، و لکنّه إذا تزوّج امرأه فخافت منه نشوزا

۱- الوسائل باب: ۱ من أبواب النفقات الحدیث: ۱

۲- الوسائل باب: ۱ من أبواب النفقات الحدیث: ۲

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۱۴ح۵

أو خافت أن يتزوّج عليها أو يطلّقها فصالحته من حقّها على شى ء من نفقتها أو قسمتها فإنّ ذلك جائز لا بأس به»(۱).

(فى كلّ زمان و مكان يسوغ فيه الاستمتاع)

لانه إذا أراد الزّوج الاستمتاع منها فى وقت حيضها أو نفاسها أو فى شهر رمضان أو فى المساجد لا يجوز لها إجابتها فضلا عن عدم وجوبها.

و حيث كان مشروطا بالتمكين (فلا نفقه للصغيره) التى لم تبلغ تسع سنين لفقد الشرط و هو التمكين من الاستمتاع لأن النكاح بحكم المعاوضه من هذه الجهه و إن لم يكن مثلها من سائر الجهات، فينتفى المشروط بانتفاء شرطه، و لأصاله البراءه عند الشك فى الوجوب.

هذا و لم يذكر المصنف حكم العكس و هو إن كان الزّوج صغيرا لكن المسأله ذات أقوال: أحدها التفصيل بين الصغيره و الصغير و به قال الإسكافىّ اما لو كانت صغيره فلعدم التمكين و اما لو كان الزوج صغيرا فلوجود المقتضى و انتفاء المانع لأن الصغر لا يصلح للمنع كما فى نفقه الأقارب.

و الثانى النفقه فى الصورتين و هو للحلّىّ.

۱- الكافى (فى باب الشرط فى النكاح، ۶۶ من نكاحه فى خبره ۴)

و الثالث عدمها فيهما، ذهب إليه المبسوطان و القاضى و الحلبىّ و ابن حمزه و ابن زهره، بل الدّيلمىّ حيث قال: «إنّما تجب النفقه إذا أمكنت المرأه من نفسها» و فى الصورتين لا يتصوّر إمكان ذلك.

و هو الاقوى و يستدل لعدم وجوب النفقه للصغير و على الصغير بالأخبار الوارده فى تزويج الولىّ للصغيرين حيث إنّه ليس فيها ذكر من النّفقه و المقام مقام بيان, مضافا الى ان عقدهما متزلزل و ذلك لانهما لهما الخيار اذا ادركا كما تقدم فى صحيح أبى عبيده ففيه: «إلّا أن يكونا قد أدركا و رضيا»(۱) و مثله ايضا صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن الصبىّ يتزوّج الصبيّه؟ قال: إذا كان أبواهما اللّذان زوّجاهما فنعم جائز، و لكن لهما الخيار إذا أدركا- الخبر»(۲) و دليل النفقه قاصره عن شموله للعقد المتزلزل.

هذا، و استثنى الشّيخ و القاضى من صغر الزّوجه بما إذا كانت مراهقه تصلح للوطى لكنّه كما ترى، فإنّ الزّوجه ما لم تبلغ تسعا لا يجوز وطيها.

(و لا للناشزه الخارجه عن طاعه الزوج)

ص:۴۵۰

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۱۳۲ح۱ تقدم فى ج۱۱ من الدرر ص۵۴۳

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۸۲ح۱۹

كما تقدم فی معتبر السّکونیّ، عن الصّادق (علیه السلام)، عن النّبیّ (صلی الله علیه و آله): «أیّما امرأه خرجت من بیتها بغیر إذن زوجها فلا نفقه لها حتّی ترجع»(۱) فان الخروج من البیت احد مصادیق النشوز و لا خصوصیه له.

و یؤیده مرسل التّحف عن النّبیّ (صلی الله علیه و آله) فی خطبه وداعه: «إنّ لنسائکم علیکم حقّا- إلی- فإذا انتهین و أطعنکم فعلیکم رزقهنّ و کسوتهنّ بالمعروف»(۲).

(و لا للساکته بعد العقد ما لم تعرض التمکین علیه)

عند المصنف بأن تقول سلمت نفسی إلیک فی أی مکان شئت و نحوه و تعمل بمقتضی قولها حیث یطلب و مقتضی ذلک أن التمکین الفعلی خاصه غیر کاف و أنه لا فرق فی ذلک بین الجاهله بالحال و العالمه و لا بین من طلب منها التمکین و طالبته بالتسلیم و غیره , قیل: و هذا هو المشهور بین الأصحاب و استدلوا علیه بأن الأصل براءه الذمه من وجوب النفقه .

قلت: یکفی فی التمکین کل ما یعد عرفا تمکینا لفظا او فعلا و لا شهره بین الاصحاب فی ما قاله المصنف و إنّما قال: المبسوط: «إنّ المرأه لو قالت للزّوج أمکّنک فی هذا المکان دون مکان آخر لیس هذا بتمکین تامّ», و لم یقل: «إنّه یشترط أن تقول له قولا سلّمت نفسی إلیک فی کلّ مکان، و لا یکفی التمکین

ص:۴۵۱

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۱۴ح۵

۲- تحف العقول ص ۳۳

الفعلیّ» فقـال: «و التّمکین الکامـل هو أن تمکّنه من نفسـها علی الإطلاـق من غیر اعتراض علیه- إلی أن قـال- فأمّـا إن لم تمکّنه التمکین الکامل مثل أن قالت: أسلّم نفسـی إلیک فی بیت أبی أو فی بیت أمّی أو فی محلّه دون محلّه أو بلـد دون بلـد فلا نفقه لها لأنّ التمکین الکامل ما وجد کما قلناه فی الأمه إذا أسـلمت نفسـها لیلا و انصرفت نهارا- إلی أن قال- فأمّا إن لم یوجد واحد من التمکین الکامل و الناقص مثل أن عقـد النکاح و تساکتا من غیر مطالبه بتمکین و لا إنفاق فإنّ النفقه لا تجب و لو بقیا سـنین علی هذه الصوره سواء کان کلّ منهما علی صـفه متی طولب بما یجب من جهه بادر به أو لم یکن کذلک لأنّ النفقه إنّما یجب بوجود التمکین لا بإمکان التمکین» و قریب منه کلام القاضی فی المهذّب، و أین هو ممّا قاله من اشتراط قول المرأه ما قال و لو زفّت إلیه و لم تمتنع علیه أصلا، و قال الدّیلمیّ، «و إنّما تجب النّفقه إذا أمکنت من نفسها فإن امتنعت فلا نفقه لها».

و یشـهد لذلک ما فی صـحیح زراره «عن الصّادق (علیه السـلام): إنّ اللّه تعالی لمّا خلق آدم من طین و أمر الملائکه فسجدوا له ألقی علیه السّـبات، ثمّ ابتـدع له حـوّاء فجعلهـا فی موضـع النّقره الّتی بین ورکه و ذلـک لکی تکون المرأه تبعـا للرّجـل فـأقبلت تتحرّک فـانتبه لتحرکهـا فلمّـا انتبه نودیت أن تنحّی عنه، فلمّـا نظر إلیها نظر إلی خلق حسن یشـبه صورته غیر أنّها أنثی فکلّمها و کلّمته بلغته، فقـال لهـا من أنت؟ قـالت: خلق خلقنی اللّه کمـا تری، فقـال آدم عنـد ذلک: یا ربّ ما هـذا الخلق الحسن الـذی قد أنسـی قربه، و النظر إلیه، فقال تعالی: یا آدم هـذه أمتی حوّاء أ فتحبّ أن تکون معک تؤنسک و تحدّثک و تکون تبعا لأمرک؟ قال:نعم یا ربّ و لک علیّ بذلک

ص:۴۵۲

الحمد و الشکر ما بقیت، فقال له تعالی: فاخطبها إلیّ فإنّها أمتی و قد تصلح لک أیضا زوجه للشهوه و ألقی اللّه علیه الشّهوه، و قد علّمه قبل ذلک المعرفه بکلّ شی ء، فقال: یا ربّ فإنّی أخطبها إلیک فما رضاک بذلک، فقال تعالی: رضائی أن تعلّمها معالم دینی، فقال ذلک لک علیّ یا ربّ إن شئت ذلک، فقال تعالی: و قد شئت ذلک و قد زوّجتکها فضمّها إلیک، فقال لها آدم: فأقبلی فقالت له: بل أنت فأقبل إلیّ فأمر اللّه تعالی آدم أن یقوم إلیها، لو لا ذلک لکان النساء یذهبن إلی الرّجال حتّی یخطبن إلی أنفسهنّ» فالصحیحه ظاهره فی کفایه عدم امتناعها فی تحقق التمکین لا ان تقول ما قاله المصنف.

و الواجب علی الزوج القیام بما تحتاج إلیه المرأه

(و الواجب علی الزوج القیام بما تحتاج إلیه المرأه) التی تجب نفقتها (من طعام و إدام و کسوه و إسکان و إخدام و آله الدهن و التنظیف)

من المشط و الدهن و الصابون دون الکحل و الطیب و الحمام إلّا مع الحاجه إلیه لبرد و نحوه, و اما تعمیم الانفاق الواجب لغیر الطعام و الملابس فللتمسک باطلاق الامر بالمعاشره بالمعروف من غیر تقییده له بمقید.

(تبعا لعاده أمثالها من بلدها) المقیمه به، وتقریبه ببیانین:

ص:۴۵۳

۱- التمسک بالاطلاق المقامی، بان یقال: ان اثبات وجوب الانفاق من دون تحدیده کما و کیفا یدل علی احاله الامر فی المسأله الی العرف و ما هو المتعارف عنده.

۲- ان التقیید بکلمه «بالمعروف» فیقوله تعالی {وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}(۱) یدل بوضوح علی المطلوب فانه شامل لجمیع الجهات و الخصوصیات و الأزمنه و الأمکنه و الحالات و سائر الأمور.

و ظواهر النصوص مثل قول الصادق (علیه السلام) فی صحیح إسحاق بن عمار: «یشبعها و یکسوها»(۲).

(والمرجع فی الإطعام إلی سد الخله) بفتح الخاء و هی الحاجه , حسب الفهم العرفی.

و یجب الخادم إذا کانت من أهلها

(و یجب الخادم إذا کانت من أهله) فی بیت أبیها (أو کانت مریضه) تحتاج إلی الخادم (و جنس المأدوم و الملبوس و المسکن یتبع عاده أمثالها)

۱- سوره النساء: ۱۹

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۱۰ح۱

فی بلـد السـكنی لا ـ فی بیت أهلها و لو تعـدد القوت فی البلـد اعتبر الغالب فإن اختلف الغالب فیها أو قوتها من غیر غالب وجب اللائـق به (و لهـا المنع من مشـاركه غیر الزوج) فی المسـكن لمـا فی مشـاركه غیره من الضـرر, قـال تعالی {أَسْـكِنُوهُنَّ مِنْ حَیْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُم}(۱) المنزّل علی المتعارف المعتاد بحسب شأن أمثالها.

و یزید كسوتها فی الشتاء المحشوه للیقظه

(و یزیـد كسوتها فی الشـتاء المحشوه) بالقطن مثلا (للیقظه و اللحاف للنوم) إن اعتیـد ذلك فی البلد (و لو كان فی بلد یعتاد فیه الفرو للنسـاء وجـب) علی الزوج بـذله(و یرجع فی جنسـه) مـن حریر أو كتـان أو قطـن أو فی جنس الفرو مـن غنم و سـنجاب و غیرهما (إلی عاده أمثالها) فی البلد.

(و كذا لو احتیج إلی تعدد اللحاف) لشده البرد أو لاختلاف الفصول فیه و لكن هنا لا یجب إبقاء المسـتغنی عنه فی الوقت الآخر عندها (و تزاد المتجمله ثیاب التجمل بحسب العاده) لأمثالها فی تلك البلده.

(و لو دخل بها و اسـتمرت تأكل معه علی العاده فلیس لها مطالبته بمـده مؤاكلته) ای بنفقه تلك المـده لحصول الغرض و إطباق الناس علیه فی سائر الأعصار وكل

۱- سوره الطلاق: ۶

ما تقدم لقوله تعالی {وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوف}(۱) الشامل لجمیع الجهات و الخصوصیات.

و قد یقال: أنّ للمرأه النفقه تملّکا و انه یجوز لها مطالبته بالنفقه لأنه لم یؤد عین الواجب و تطوع بغیره لأن المعتبر من المؤونه التملیک فی صبیحه کل یوم وان کان المعتبر من المسکن الإمتاع لا التملیک بالاتفاق.

قلت: لم یذکر ذلک منّا غیر المبسوط، مع أنّ ما ذکره خلاف العرف و خلاف الأخبار المستفیضه کصحیح إسحاق بن عمّار، عن الصّادق (علیه السلام) فی حقّ المرأه قال: «یشبعها و یکسوها- الخبر»(۲).

و صحیح جمیل بن درّاج وهو من اصحاب الاجماع - فی خبر- روی عنبسه، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) «إذا کساها ما یواری عورتها و یطعم ما یقیم صلبها أقامت معه و إلّا طلّقها»(۳) و غیرهما.

و أمّا ما فی المرسل عن شهاب بن عبد ربه عن الصّادق (علیه السلام) فی خبر «و لا ینبغی أن یفقر بیته من ثلاثه أشیاء: دهن الرّأس و الخلّ و الزّیت و یقوتهنّ بالمدّ فإنّی أقوت به نفسی و عیالی و لیقدّر لکلّ إنسان منهم قوته فإن شاء أکله و إن شاء

۱- سوره النساء: ۱۹

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۱۰ح۱

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۱۲ح۸

وهبه و إن شاء تصدّق به و لا تكون فاكهه عامّه إلّا أطعم عياله منها و لا يدع أن يكون للعيد عندهم فضل فى الطعام- الخبر»(۱) فمضافا الى ارساله انه ظاهر فى بيان الآداب، و لم يعلم إراده الزّوجات بقرينه ما فى صدره «قلت: ما حقّ المرأه على زوجها؟ قال: يسدّ جوعها، و يستر عورتها، و لا يقبّح لها وجها، فإذا فعل فقد و اللّه أدّى حقّها».

حكم امتناع الزوج من الانفاق

و لو امتنع الزوج من الانفاق حق للزوجه ان ترفع امرها الى الحاكم الشرعى ليلزمه باحد الامرين و يشهد لذلك صحيحه ابى بصير: «سمعت ابا جعفر عليه السّلام يقول: من كان عنده امرأه فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الامام ان يفرّق بينهما»(۲)، و صحيحه ربعى بن عبد اللّه و الفضيل بن يسار جميعا عن ابى عبد اللّه عليه السّلام: «قوله تعالى: وَ مَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمّا آتاهُ اللّهُ(۳) قال: ان انفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوه و الّا فرّق بينهما»(۴) و غيرهما.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۵۱۰ح۵

۲- وسائل الشيعه ۱۵: ۲۲۳ الباب ۱ من أبواب النفقات الحديث ۲.

۳- الطلاق: ۷.

۴- وسائل الشيعه ۱۵: ۲۲۳ الباب ۱ من أبواب النفقات الحديث ۱.

و التقييد بثبوت الولايه لخصوص الحاكم باعتبار ان الصحيحه الاولى دلت على ثبوت الولايه لمنصب الامامه، و القدر المتيقن فى المنتقل اليه المنصب المذكور هو الحاكم الشرعى. و الصحيحه الثانيه لا اطلاق لها، اذ هى ليست فى صدد بيان من يقوم بالتفريق فينبغى الاقتصار على القدر المتيقن و هو الامام عليه السّلام او الحاكم الشرعى.

و التقييد بامتناعه من الانفاق باعتبار انه مع انصياعه للإنفاق يصدق عليه آنذاك عنوان «انفق عليها» الوارد فى الصحيحه الثانيه.

و التقييد بامتناع الزوج من الطلاق باعتبار انه مع استعداده للتصدى للطلاق بنفسه لا يحتمل وصول النوبه الى الحاكم الشرعى.

و كذلك يجوز للحاكم الطلاق اذا ثبت له هجران الزوج و تعمده لإخفاء موضعه و ذلك لما تقدم من ثبوت الولايه للحاكم الشرعى عند الامتناع من الطلاق و الانفاق .

حصيله البحث:

تجب نفقه الزّوجه بالعقد الدّائم بشرط التّمكين الكامل فى كلّ زمانٍ و مكانٍ يسوغ فيه الاستمتاع، فلا نفقه للصّغيره و لا للنّاشزه و لا على الصغير، و يكفى فى التمكين كل ما يعد عرفا تمكينا لفظا او فعلا , و الواجب القيام بما تحتاج إليه

المرأه من طعام و إدام و كسوهٍ و إسكانٍ و إخدام و آله الدهن و التّنظيف تبعاً لعاده أمثالها من بلدها، و المرجع فی الإطعام إلی سدّ الخلّه، و یجب الخادم إذا کانت من أهله أو کانت مریضهً، و جنس المأدوم و الملبوس و المسکن یتبع عاده أمثالها، و لها المنع من مشارکه غیر الزّوج، و یزید فی الشّتاء المحشوّه للیقظه و اللّحاف للنّوم، و لو کان فی بلدٍ یعتاد فیها الفرو للنّساء وجب و یرجع فی جنسه إلی عاده أمثالها، و کذا لو احتیج إلی تعدّد اللّحاف، و تزاد المتجمّله ثیاب التّجمّل بحسب العاده، و لو دخل بها و استمرّت تأکل معه علی العاده فلیس لها مطالبته بنفقه مدّه مؤاکلته و لو امتنع الزوج من الانفاق حق للزوجه ان ترفع امرها الی الحاکم الشرعی لیلزمه بالانفاق او الطلاق و کذلک یجوز للحاکم الطلاق اذا ثبت له هجران الزوج و تعمده لإخفاء موضعه .

الثانی القرابه

و تجب النفقه علی الأبوین

(و تجب النفقه علی الأبوین فصاعدا و ان علوا و الأولاد فنازلا) عند المصنف.

اقول: الأب و الأمّ فی النکاح یشمل الأجداد و الجدّات بالاتّفاق، و کذلک الأولاد فیه یشمل أولاد الأولاد بالاتّفاق کما أنّه فی المیراث لا یشمل واحد منهما

ص:۴۵۹

لغيرهما بالاتّفاق، و أمّا هنا فظاهر النصوص المعتبره العدم ففى صحيح جميل بن درّاج قال: «لا يجبر الرّجل إلّا على نفقه الأبوين و الولد- الخبر»(۱).

و صحيح حريز، عن الصّادق (عليه السلام) «قلت له: من الذى أحنن عليه و تلزمنى نفقته؟ قال: الوالدان و الولد و الزّوجه»(۲).

و خبر محمّد بن مسلم، عنه (عليه السلام): «قلت له: من يلزم الرّجل من قرابته ممّن ينفق عليه؟ قال: الوالدان و الولد و الزّوجه»(۳).

و صحيح إسحاق بن عمّار، عن الكاظم (عليه السلام) فى خبر «قلت: فمن ذا الذى يلزمنى من ذوى قرابتى حتّى لا أحسب الزكاه عليهم؟ فقال: أبوك و أمّك، قلت: أبى و أمّى؟ قال: الوالدان و الولد»(۴).

و صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج، عن الصّادق (عليه السلام): «خمسه لا يعطون من الزّكاه شيئا، الأب و الأمّ و الولد و المملوك و المرأه و ذلك أنّهم عياله لازمون له»(۵).

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۵۱۲ح۸

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۴، ص: ۱۳ح۱

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۴، ص: ۱۳ح۳

۴- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۳، ص: ۵۵۱ح۱

۵- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۳، ص: ۵۵۲ح۵

مضافا الی قصور المقتضی لشمول غیر الوالدین قال تعالی {و وَصَّیْنَا الْإِنْسانَ بِوالِدَیْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْناً عَلی وَهْنٍ وَ فِصالُهُ فِی عامَیْنِ}(۱) و قال تعالی {و وَصَّیْنَا الْإِنْسانَ بِوالِدَیْهِ إِحْساناً حَمَلَتْهُ أُمُّهُ کُرْهاً وَ وَضَعَتْهُ کُرْهاً وَ حَمْلُهُ وَ فِصالُهُ ثَلاثُونَ شَهْراً}(۲) و ذلک لاختصاصهما بالوالدین بشخصهما.

و اما خبر زید الشحّام، عن الصّادق (علیه السلام) «فی الزکاه یعطی منها الأخ و الأخت و العمّ و العمّه و الخال و الخاله و لا یعطی الجدّ و الجدّه»(۳) فضعیف سندا بابی جمیله ولا یقوی فی معارضه ما تقدم.

و یؤید عدم الشمول لأولاد الأولاد خبر محمّد بن جزک قال: «سألت الصّادق (علیه السلام): أدفع عشر مالی إلی ولد ابنتی؟ قال نعم لا بأس»(۴).

ثمّ ان مورد الصحیح الأوّل و الثالث الرّجل، و مورد الثانی و الرّابع السائل الذی کان رجلا. واما الخامس فإطلاقه أیضا منصرف إلی الرجل وعلیه فوجوب نفقه الأبوین و الولد علی المرأه غیر ثابت من النصوص المتقدمه.

۱- لقمان ایه ۱۴
۲- الأحقاف ایه ۱۵
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۳، ص: ۵۵۲ح۶
۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۳، ص: ۵۵۲ح۱۰

و یؤید ذلک ما فی صحیح محمّد بن مسلم، عن أبی جعفر (علیه السلام) فی خبر «و له أن یقع علی جاریه ابنه إن لم یکن الابن وقع علیها»(۱) ثمّ قال الصدوق: «و فی خبر آخر: لا یجوز له أن یقع علی جاریه ابنته إلّا بإذنها» فالظاهر ان الفرق بین الولد والبنت هو عدم وجوب النفقه علیها.

ثم ان النفقه هل تختص بالکبیر ام تشمل الصغیر؟ قیل: أنّ المتیقّن من الأخبار الوجوب علی الرّجل- و الرّجل من کان کبیرا- فلا یشمل الغلام الصغیر استنادا الی اطلاق الاخبار مثل صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام) قال: «فی الحبلی المتوفّی عنها زوجها أنّه لا نفقه لها»(۲).

و خبر زراره، عن الصّادق (علیه السلام) «فی المرأه الحامل المتوفّی عنها زوجها هل لها نفقه؟ قال: لا»(۳) و غیرهما.

و فیه: ان المفهوم و المنصرف من هذه الاخبار انها لانفقه لها من مال زوجها بموته فلا اطلاق لها من ناحیه الولد و علیه فاطلاق صحیح عبد الرحمن المتقدم لا معارض له بل هو باق علی حاله و شامل للصغیر صاحب المال و انهم عیاله من حیث الحکم الوضعی و ان لم یکن التکلیف موجها الیه لصغره بل لولیه .

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۵۲

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۱۴ح۳

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۱۵ح۹

مضافا الی انها معارضه بخبر أبی الصبّاح الکنانیّ، عن الصّادق (علیه السلام): «المرأه الحبلی المتوفّی عنها زوجها ینفق علیها من مال ولدها الذی فی بطنها»(۱) و هو اخص مطلقا منها و الخاص یتقدم علی المطلق, نعم هو ضعیف من جهه محمد بن الفضیل لکن الراوی عنه ابن بزیع و هو ثقه ثقه کما و ان الکلینی مال الیه فانه قال روی.. ثم قال رواه محمد بن یحیی... و به عمل الإسکافیّ و الشیخ و الحلبیّان و ابن حمزه و القاضی , و به افتی الفقیه فقال بعد نقله: «و فی روایه السّکونیّ قال علیّ (علیه السلام): نفقه الحامل المتوفّی عنها زوجها من جمیع المال حتّی تضع» و الذی نفتی به روایه الکنانی»(۲) .

و مثله الشیخ فی التّهذیب أیضا فروی صحیح محمد بن مسلم عن أحدهما (علیه السلام) قال: المتوفَّی عنها زوجُها یُنفق علیها من ماله»(۳) و قال: لأنَّ قوله (علیه السلام) ینفقُ علیها من ماله نحمله علی أنَّه یُنفقُ علیها من مال الولد إذا کانت حاملا واستشهد له بخبر الکنانی و صحیح ابن مسلم الاخر «قال: سألْتُهُ عن المتوفَّی عنها زوجها ألها نفقهٌ قال لا یُنفقُ علیها من مالها»(۴) قلت: و قرینه حمله انه لا معنی لقوله من ماله فی الصحیح الاول ومن مالها فی الصحیح الثانی - مع القطع بانها لانفقه لها ان لم تکن حاملا- غیر ما قاله وعلیه فخبر الکنانی موثوق به.

ص:۴۶۳

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۱۵ح۱۰

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۵۱۰

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۵۱ح۱۲۴

۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۵۲ح۱۲۶

و اما موثق السّکونی بروایه الشیخ(۱) الـذی نسـبه الفقیه الی الروایه الظـاهر فی کون النفقه من مـال المتوفی فشاذ و معارض بما تقدم من الاخبار المستفیضه من عدم النفقه لها.

حصیله البحث:

تجب النّفقه علی الأبوین و الولـد و الزّوجه لا غیر، و لا یختص وجوب النفقه بالکبیر بل تشـمل الصـغیر و ان لم یکن التکلیف موجها الیه لصغره بل لولیه

استحباب النفقه علی باقی الأقارب

(و یستحبّ النفقه علی باقی الأقارب)

و غیرهم لما ورد فی صـحیح معاویه بن وهب وغیره عن الصادق (علیه السـلام) انه قال قال رسول الله (صـلی الله علیه و آله) کل معروف صدقه»(۲).

و یؤیـد ذلـک فی الأخـتین أو العمّتین أو الخـالتین خبر زکریّا المؤمن رفعه إلی أبی عبـد اللّه (علیه السـلام): «من عـال ابنتین أو أختین أو عمّتین أو خالتین حجبتاه من النّار بإذن اللّه»(۳).

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۵۲ح۱۲۷
۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۴ص ۲۶
۳- الخصال، ج ۱، ص: ۳۷

(و یتأکد فی الوارث منهم)

کما فی موثق غیاث بن إبراهیم، عن الصّادق (علیه السلام): «أتی أمیر المؤمنین (علیه السلام) بیتیم، فقال: خذوا بنفقته أقرب النّاس إلیه من العشیره کما یأکل میراثه»(۱).

و فی صحیح محمّد بن علیّ الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام): «قلت له: من الذی أجبر علی نفقته؟ قال: الوالدان و الولد و الزّوج و الزّوجه و الوارث الصغیر یعنی الأخ و ابن الأخ و غیره»(۲) و لا یخفی انه لا دلاله فیه علی وجوب النفقه علی الوارث الصغیر یعنی الأخ و ابن الأخ و غیره و انما هو للاستحباب بقرینه ما تقدم من النصوص علی عدم وجوبه.

و انما یجب الإنفاق علی الفقیر العاجز عن التکسب

(و انما یجب الإنفاق علی الفقیر العاجز عن التکسب)

و اما لو کان مالکا مؤونه سنه أو قادرا علی تحصیلها بالکسب تدریجا لم یجب الإنفاق علیه و لا یشترط عدالته و لا إسلامه بل یجب (و إن کان فاسقا أو کافرا) للاطلاق.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۴، ص: ۱۳ح۲

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۱۰۵

قیل: «و یجب تقیید الکافر بکونه محقون الدّم فلو کان حربیّا لم یجب لجواز إتلافه فترک الإنفاق لا یزید علیه» . و فیه: ان جواز القتل أعمّ.

و یشترط فی المنفق أن یفضل ماله عن قوته و قوت زوجته

(و یشترط فی المنفق أن یفضل ماله عن قوته و قوت زوجته)

لأنّ المرأه مقدّمه کما تقدم فی صحیح جمیل، عن عنبسه، عن الصّادق (علیه السلام): «إذا کساها ما یواری عورتها و یطعمها ما یقیم صلبها أقامت معه و إلّا طلّقها» ومثله فی الدلاله غیره.

(و الواجب قدر الکفایه من الإطعام و الکسوه و المسکن)

أی فی الولد و الوالدین لانه هو المتیقن و لا دلیل علی الزائد.

و لا یجب إعفاف واجب النفقه

(و لا یجب إعفاف واجب النفقه)

أی تزویجه لیصیر ذا عفه و إن کان أبا و لا النفقه علی زوجته للأصل و کذا لا یجب إخدامه و لا النفقه علی خادمه إلّا مع الزمانه المحوجه إلیه.

ص:۴۶۶

و تقضی نفقه الزوجه

(و تقضی نفقه الزوجه)

لأنها حق مالی وجب فی مقابله الاستمتاع فکانت کالعوض اللازم فی المعاوضه و الزّوجه واجبه النّفقه و لو مع یسارها، وأمّا الباقون فلا تجب نفقتهم إلّا مع الإعسار.

(لا نفقه الأقارب)

لأنها وجبت من باب سد الخله لا ـ التملیک فلا تستقر فی الذمه و إنما یأثم بترکها (و لو قدرها الحاکم) لأن التقدیر لا یفید الاستقرار.

(نعم لو أذن) الحاکم للقریب (فی الاستدانه) لغیبته أو مدافعته بها (أو أمره الحاکم) بالإنفاق (قضی)

لأنها تصیر دینا فی الذمه بذلک , بل الاقوی إنّ الولد لو استدان لنفقته و لم یمکنه الأداء یجب علی الاب أداء دینه بعد کونه واجب نفقته و لو کان استدانته بدون اطّلاع الحاکم و مثله الوالدان.

حصیله البحث:

ص:۴۶۷

یستحبّ على باقى الأقارب و غیرهم و یتأكّد فى الوارث منهم، و إنّما یجب الإنفاق على الفقیر العاجز عن التّكسّب و إن كان فاسقاً أو كافراً، و یشترط فى المنفق أن یفضل ماله عن قوته و قوت زوجته، و الواجب قدر الكفایه من الإطعام و الكسوه و المسكن، و لا یجب إعفاف واجب النّفقه و یقضى نفقه الزّوجه لا نفقه الأقارب، و لو قدّرها الحاكم نعم لو أذن فى الاستدانه أو أمره الحاكم قضى، و الاقوى إنّ الولد لو استدان لنفقته و لم یمكنه الأداء یجب على الاب أداء دینه بعد كونه واجب نفقته و لو كان استدانته بدون اطّلاع الحاكم و مثله الوالدان.

و هل الأب مقدم فى الإنفاق

(و الأب مقدم) على الأم و غیرها (فى) كون (الإنفاق)

على الولد مع وجوده و یساره و لم یذكر وجه الاقدمیه بل فى صحیح هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه (علیه السلام) قال: جاء رجل إلى النَّبیّ ص فقال یا رسول اللّه من أبَرُّ قال أمَّک قال ثمَّ من قال أمَّک قال ثمَّ من قال أمَّک قال ثمَّ من قال أباک»(۱) الدال على تقدم الام و الّا فهو مخیر.

(و مع عدمه أو فقره فعلى أب الأب فصاعدا) یقدم الأقرب منهم فالأقرب عند المصنف و تقدم ضعفه (فان عدمت الإباء أو كانوا معسرین فعلى الامّ) .

ص:۴۶۸

۱- الكافى (ط - الإسلامیه)، ج ۲، ص: ۱۵۹ح۹

و يرده مضافا لما تقدم قوله تعالى {فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ} الدال باطلاقه على وجوب الاجره على الأب العادم للنفقه و الأمّ الواجده لها .

(ثم على أبويها بالسويّه، و الأقرب فی كلّ مرتبه مقدّم على الأبعد، و أما ترتيب المنفق عليهم فالأبوان و الأولاد سواء و هم أولى من آبائهم و أولادهم و كل طبقه أولى من الّتی بعدها) و لم يقل بما قاله المصنف من القدماء غير الشيخ فی مبسوطيه، و لم يذكره فی نهايته.

و لو كان للعاجز أب و ابن قادران فعليهما نفقته

(و لو كان للعاجز أب وابن قادران فعليهما) نفقته (بالسويّه) لتساويها فی المرتبه بالنسبه إليه كما هو مقتضى القاعده.

(و يجبر الحاكم الممتنع عن الإنفاق) لأنّ وظيفه الحاكم إجراء الواجبات و الكفّ عن المحرّمات.

(و ان كان له مال باعه الحاكم و أنفق منه) بمقتضى وظيفته.

حصيله البحث:

ص:۴۶۹

الام مقدّمه فی الإنفاق و الّا فهو مخيّر، و لو كان للعاجز أبٌ و ابنٌ قادران فعليهما بالسّويّه، و يجبر الحاكم الممتنع عن الإنفاق و إن كان له مالٌ باعه الحاكم و أنفق منه.

(الثالث الملک)

وجوب النفقه علی الرقيق و البهيمه

(و تجب النفقه علی الرقيق و البهيمه)

اما المملوک فلما تقدم فی صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج، عن الصّادق (عليه السلام): «خمسه لا يعطون من الزكاه شيئا الأب و الأمّ و الولد و المملوک و المرأه و ذلک أنّهم عياله لازمون له».

و أمّا البهيمه فلمعتبر إسماعيل بن أبی زياد عن الصادق (عليه السلام) قال النّبیّ (صلی الله عليه و آله): للدّابّه علی صاحبها خصال يبدء بعلفها إذا نزل و يعرض عليها الماء إذا مرّ به- الخبر»(۱).

ص:۴۷۰

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۵۳۷ و من لا يحضره الفقيه، ج ۲، ص: ۲۸۶

و لو كان للرقيق كسب جاز للمولى أن يكله اليه

(و لو كـان للرقيق كسب جاز للمولى أن يكله إليه فإن كفاه) الكسب بجميع ما يحتاج إليه من النفقه (اقتصـر عليه و إلّا يكفيه أتم له)

قدر كفايته و يشـهد لذلک ما فی صـحيح عمر بن يزيد، عن الصّادق (عليه السـلام): «سألته عن رجل أراد أن يعتق مملوكا له، و قـد كان مولاه يأخذ منه ضـريبه فرضـها عليه فی كلّ سـنه و رضـی بذلک منه المولی فأصاب المملوک فی تجارته مالا سوی ما كان يعطی مولاه من الضّريبه، فقال: إذا أدّی إلی سيّده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضه فهو للمملوک- الخبر»(۱).

و يرجع فی جنس ذلک الی عاده مماليک أمثال السيّد

(و يرجع فی جنس ذلک الی عاده مماليک أمثال السيّد من أهل بلده)

بحسب شـرفه وضـعته و إعسـاره و يساره و لا يكفی ساتر العوره فی اللباس ببلادنا و إن اكتفی به فی بلاد الرقيق, يشـهد لـذلک صحيح أبی العبّاس، عن الصّادق (عليه السلام)

ص:۴۷۱

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۱۲۶

فی خبر «أنّ علیّا (علیه السلام) أعتق أبا نیزر و عیاضا و ریاحا و علیهم عماله - کذا و کذا - سنه، و لهم رزقهم و کسوتهم بالمعروف فی تلک السنین»(۱).

و یجبر السید علی الإنفاق أو البیع

(و یجبر السید علی الإنفاق أو البیع)

مع إمکانهما و إلّا أجبر علی الممکن منهما خاصه امتثالا للاحکام الالهیهکما أنّ الزّوج یجبر علی الإنفاق أو الطلاق.

(و لا فرق) فی الرقیق (بین القنّ)

و أصله الذی ملک هو و أبواه و المراد هنا المملوک الخالص غیر المتشبث بالحریه بتدبیر و لا کتابه و لا استیلاد (و المدبر و أم الولد) لاشتراک الجمیع فی المملوکیه و أن تشبث الأخیران بالحریه و أما المکاتب فنفقته فی کسبه و إن کان مشروطا أو لم یؤد شیئا ویشهد لذلک ما فی معتبر معاویه بن وهب، عن الصّادق (علیه السلام) «أنّه قال فی مملوک کاتب علی نفسه و ماله و له أمه و قد شرط علیه أن لا یتزوّج

ص:۴۷۲

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۱۲۷

فأعتق الأمه و تزوّجها، قال: لا يصلح له أن يحدث فی ماله إلّا الأكله من الطّعام و نكاحه فاسد مردود- الخبر»(۱).

و كذا يجبر على الإنفاق على البهيمه

(و كـذا يجبر على الإنفـاق على البهيمه الّـا أن تجتزئ بـالرعی فـإن امتنع أجبر على الإنفـاق أو البيع أو الذبـح ان كـانت مقصوده بالذّبح)

أمّا الإجبار على أحد الثلاثه فلأنّ الواجب أحدها.

و أمّـا قتـل غير المقصوده بالذّبـح فـإن كـان بلاـ وجه فقيـل بـالحرمه استـنادا الی مرسـله مكارم الطبرسـیّ عن محاسن البرقیّ عن الصّادق (عليه السلام): «أقذر الذّنوب ثلاثه: قتل البهيمه، و حبس مهر المرأه، و منع الأجير أجره»(۲).

و فيه: انها ضعيفه السند و مقتضی قوله تعالی {خلق لكم ما فی الارض جميعا} هو الجواز.

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۱۳۰

۲- وسائل الشيعه ج ۱۱ باب ۵۳ عدم جواز قتل الهره و البهيمه إلّا ما استثنی ص: ۵۴۴

و أمّا جواز قتلها مع الوجه ففی معتبر السّکونیّ، عن الصّادق (علیه السلام) عن النّبیّ (صلی الله علیه و آله): إذا حرنت علی أحدکم دابّته فی أرض العدوّ فی سبیل اللّه فلیذبحها و لا یعرقبها»(۱).

(و ان کان لها ولد وفّر علیه من لبنها ما یکفیه الّا أن یقوم بکفایته) من غیر اللبن حیث یکتفی به .

حصیله البحث:

تجب النّفقه علی الرّقیق و البهیمه، و لو کان للرّقیق کسبٌ جاز للمولی أن یکله إلیه فإن کفاه و إلّا أتمّ له قدر کفایته، و یرجع فی جنس ذلک إلی عاده ممالیک أمثال السّیّد من أهل بلده و یجبر السّیّد علی الإنفاق أو البیع، و لا فرق بین القنّ و المدبّر و أمّ الولد، و کذا یجبر علی الإنفاق علی البهیمه المملوکه إلّا أن تجتزئ بالرّعی، فإن امتنع أجبر علی الإنفاق أو البیع أو الذّبح إن کانت مقصودهً بالذّبح و یجوز قتل غیر المقصوده بالذّبح، و إن کان لها ولدٌ وفّر علیه من لبنها ما یکفیه إلّا أن یقوم بکفایته.

ص:۴۷۴

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۹ح۸ وفرس حرون الذی لا ینقاد و إذا اشتد به الجری وقف و قد حرن یحرن حرونا، و حرن بالضم , صار حرونا. (الصحاح) وعرقوب الدابّه فی رجلها بمنزله الرکبه فی یدها یقال: عرقبت الدابّه: قطعت عرقوبها. (الصحاح)

(کتاب الطلاق)

اشاره

حقیقه الطلاق: الطلاق ایقاع یتضمّن إنشاء الزوج للفرقه بعد تحقّق الزوجیه الدائمه.

اما انه ایقاع متقوّم بالایجاب بلا مدخلیه للقبول فی تحققه فهو من بدیهیات الفقه والنصوص المعتبره الآتیه.

و اما انه لا یکون الّا من الزوج فقط إلّا فی موارد خاصّه فلما سیأتی.

هذا و مشروعیته من ضروریات دین الإسلام. و یدل علی ذلک أیضا ترتیب الاحکام الخاصه علیه فی الکتاب الکریم. قال تعالی: {وَ الْمُطَلَّقاتُ یَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَهَ قُرُوءٍ ...}(۱) {الطَّلاقُ مَرَّتانِ فَإِمْساکٌ ...}(۲) {وَ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ ...}(۳).

(و فیه فصول)

الفصل الأول فی أرکانه

اشاره

(الأول فی أرکانه و هی: الصیغه و المطلّق و المطلّقه و الاشهاد) وشرائطه .

۱- البقره: ۲۲۸

۲- البقره: ۲۲۹.

۳- البقره: ۲۳۱

شرائط صحه الطلاق

يلزم لوقوع الطلاق صحيحا توفر الشروط التاليه:

صيغه الطلاق

الشرط الاول: صيغه الطلاق (واللفظ الصريح) فيها (أنت أو هذه أو فلانه أو زوجتی مثلا طالق)

كما فی صـحيح محمّد بن مسـلم «أنّه سأل أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل قال لامرأته: أنت علیّ حرام أو بائنه أو بتّه أو بريّه أو خليّه؟ قال: هـذا كلّه ليس بشـی ء، إنّما الطّلاق أن يقول لها فی قبل العدّه بعد ما تطهر من محيضـها قبل أن يجامعها: «أنت طالق» أو «اعتدّی» يريد بذلک الطّلاق، و يشهد علی ذلک رجلين عدلين»(۱).

و صحيح الحلبیّ، عن الصّادق (عليه السلام) قال: «الطلاق أن يقول لها: «اعتدّی أو يقول لها: «أنت طالق»(۲).

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۶۹ح۱

۲- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۶۹ح۲

و صحيح محمّد بن قيس، عن الباقر (عليه السلام): «الطّلاق للعدّه أن يطلّق الرّجل امرأته عند كلّ طهر، يرسل إليها «أن اعتدّى» فإنّ فلانا قد طلّقك؟ قال:و هو أملك برجعتها ما لم تنقض عدّتها»(۱).

و المذكور فيها جمله: «انت طالق» و لكنه يتعدّى إلى غيرها مما اشتمل على كلمه «طالق» من جهه انه فى الطلاق لا يلزم ان يواجه الزوج به زوجته و يخاطبها به بل يجوز ايقاعه عند غيبتها التى لا يتأتى معها الخطاب بضمير «أنت».

و هل يتحقق الطلاق بجمله «اعتدى» تمسكا بهذه الصحاح؟ الاقوى ذلك و بها عمل الإسكافىّ فقال: الطّلاق لا يقع: إلّا بلفظ الطلاق أو قول «اعتدّى» فأمّا ما عدا ذلك فلا يقع به» و نقل الكلينى عن الطاطرى الاجماع عليه.

و المخالف انما هو ابن سماعه و نسبه الى بكير و قال بعدم كفايه غير «أنت طالق» فروى الكلينى عن حميد عن ابن سماعه، عن علىّ بن الحسن الطّاطرىّ قال: الذى أجمع عليه فى الطّلاق أن يقول: «أنت طالق» أو «اعتدّى»، و ذكر أنّه قال لمحمّد بن أبى حمزه كيف يشهد على قوله: «اعتدّى» قال: يقول: «اشهدوا اعتدّى»، قال ابن سماعه: «غلط محمّد بن أبى حمزه أن يقول: «اشهدوا اعتدّى» قال الحسن بن سماعه: «ينبغى أن يجى ء بالشهود إلى حجلتها، أو يذهب بها إلى الشّهود إلى منازلهم، و هذا المحال الذى لا يكون، و لم يوجب اللّه عزّ و جلّ هذا على العباد،

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۷۰ح۳

و قال الحسن: ليس الطّلاق إلّا كما روى بكير بن أعين أن يقول لها و هى طاهر من غير جماع: «أنت طالق» و يشهد شاهدين عدلين و كلّ ما سوى ذلك فهو ملغى».

قلت: و معنى قول ابن سماعه «ينبغى- إلى- على العباد» بيان لوجه غلط محمّد بن أبى حمزه فى قوله: «أشهدوا اعتدّى» بأنّه حيث إنّه خطاب للشهود و خطاب للمرأه الّتى يريد طلاقها فلازمه أن يجمع بين المرأه و الشهود، إمّا بذهابهم إليها أو بذهابها إليهم و هو تكليف شاقّ لم يجعله تعالى فى الدّين.

و فيه: انه لا عبره بكلام ابن سماعه فهو اجتهاد قبال النص فان الرّوايات الأولى الثلاثه و التى هى صحيحه كلّها دالّه على كفايه «اعتدّى» كأنت طالق و لم يعرض عنها الاصحاب فقد اعتمدها ابن ابى عمير وحماد و محمد بن مسلم و هم من اصحاب الاجماع و قد عرفت ان الطاطرى ادعى الاجماع عليه فلا وجه لطرحها.

هذا و هل تجزى الترجمه عند تعذر النطق بالعربيه؟ الاقوى ذلك لان الطلاق لم يشرّع لخصوص العرب.

و هل يلزم توكيل العربى ان أمكن؟ الاقوى هو العدم لو قلنا بكفايه كل لفظ مفهم يدل عليه كما هو الظاهر فى باب العقود و اما لو قلنا بتعبديه صيغته كما هو القدر المتيقن منه فلا يكفى وقوفا على موضع النص و استصحابا للزوجيه و عليه فلابد من التوكيل.

(فلا يكفى أنت طلاق) و إن صح إطلاق المصدر على اسم الفاعل و قصده فصار بمعنى طالق (و) كذلك (لا من المطلّقات و لا مطلّقه) لانها ليست بصريحه فيه هذا لو قلنا بكفايه كل لفظ مفهم يدل عليه كما هو الظاهر فى باب العقود واما لو قلنا بتعبديه صيغته كما هو القدر المتيقن منه فلا يكفى وقوفا على موضع النص و استصحابا للزوجيه.

و قد يقال: بالاول لصحيحه حفص الاتيه الداله على كفايه الاخبار بذلك و يتعدى منها الى كل لفظ مفهم بالفهم العرفى.

و فيه: اننا لو قبلناها فحيث انها خلاف القاعده فيقتصر على موردها و هو ما اذا وقع الطلاق من قبل المخالف بلا توفر الشرائط.

(ولا) يكفى (طلّقت فلانه على قول)

و فيه: ان القائل و هو الشيخ فى النّهايه و تبعه القاضى و ابن حمزه و هو لم يقل بعدم كفايه «طلّقت فلانه» بل قال: «إن قيل للرّجل: هل طلّقت فلانه؟ فقال: نعم كان الطّلاق واقعا». و فى المبسوط إذا قيل للرّجل: «هل طلّقت فلانه؟ فقال: نعم، يلزم الطلاق، فإن كان صادقا لزمه ظاهرا و باطنا و إن كان كاذبا لزمه فى الحكم، و تبعه الحلىّ فقال: «إن قيل للرّجل: هل طلّقت فلانه؟ فقال: نعم كان ذلك إقرارا بطلاق شرعىّ» , ولا يخفى ان كلامه لا علاقه له بانشاء الطلاق وانما يرتبط بالاقرار به.

و الأصل فی ذلک صحیح حفص بن البختریّ، عن إسحاق بن عمّار، عن الصّادق (علیه السلام) فی رجل طلّق امرأته ثلاثا فأراد رجل أن یتزوّجها کیف یصنع؟ قال: یدعها حتّی تحیض و تطهر ثمّ یأتیه ثانیه و معه رجلان شاهدان فیقول: أ طلّقت فلانه؟ فإذا قال: نعم ترکها ثلاثه أشهر، ثمّ خطبها إلی نفسها»(۱), و ظاهره کفایه الأخبار فی تحقق الطلاق الّا ان یقال: إنّه متضمّن لإنشاء ضمنیّ.

و فیه: انه خلاف الظاهر و ذلک لانه فی مقام الجواب عن ما سئل, لکنها معارضه بروایات قاعده الالزام الاتیه و انها خلاف القاعده فیقتصر علی موردها و هو ما اذا وقع الطلاق من قبل المخالف بلا توفر الشرائط اذا ما قبلناها و سیاتی الکلام عنها فی البحث عن قاعده الالزام.

و مثله فی الدلاله و الجواب موثق السّکونیّ، عن جعفر عن أبیه، عن علیّ علیهم السّلام «فی الرّجل یقال له: أ طلّقت امرأتک؟ فیقول: نعم، قال: قال: قد طلّقها حینئذ»(۲).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۲۴ح۳ و التّهذیب (فی ۱۱۳ من أحکام طلاقه) عن کتاب علیّ بن فضّال، عن حفص بن البختریّ، عن الصّادق (علیه السلام) بلا واسطه و الفقیه فی باب ما أحلّ اللّه عزّ و جلّ من النکاح، فی خبره ۴، مع اختلاف لفظی.

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸، ص: ۳۸ح۳۰

ثم أنّه وردت أخبار أنّ العامّه لمّا كان مـذهبهم صـحه الطلاق يلزمون به، و أفتى بذلک التّهذیب فقال: «و من طلّق امرأته و کان مخالفاً و لم یستوف شرائط الطّلاق إلّا أنّه یعتقد أنّه یقع به البینونه لزمه ذلک» و استند الی تسع اخبار تدل علی ذلک منها:

صحیـح إبراهیم بن محمّـد الهمـدانیّ قـال: «کتبت إلی أبی جعفر الثانی (علیه السـلام) مع بعض أصـحابنا و أتانی الجواب بخطّه: فهمت مـا ذکرت من أمر ابنتک و زوجها، فأمّا ما ذکرت من حنثه بطلاقها غیر مرّه، فانظر فإن کان ممّن یتوالانا و یقول بقولنا فلا طلاـق علیه لأـنّه لم یـأت أمرا جهله، و إن کان ممّن لا یتوالانا و لا یقول بقولنا فاختلعها منه، فإنّما نوی الفراق بعینه»(۱) وهو دال علی حصول الطلاق لاجل اعتقاده بذلک.

و مرسـل الهیثم بن أبی مسـروق قـال: «ذکر عنـد الرّضـا (علیه السـلام) بعض العلویّین ممّن کـان یتنقصه، فقال: أما إنّه مقیم علی حرام، قلت:و کیف و هی امرأته، قال: لأنّه

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۵۷ح۱۰۵

قد طلّقها، قلت: کیف طلّقها؟ قال: طلّقها و ذلک دینه فحرمت علیه»(۱) و هو کسابقه.

و صحیح عبد اللّه بن سنان: «سألته عن رجل طلّق امرأته بغیر عدّه، ثمّ أمسک عنها حتّی انقضت عدّتها هل یصلح لی أن أتزوّجها؟ قال: نعم لا تترک المرأه بغیر زوج»(۲) وهو منطبق علی سابقیه.

و خبر علیّ بن أبی حمزه أنّه سأل أبا الحسن (علیه السلام) عن المطلّقه علی غیر السّنّه أ یتزوّجها الرّجل؟ فقال: «ألزموهم من ذلک ما ألزموه أنفسهم، و تزوّجوهنّ فلا بأس بذلک، قال الحسن بن محمد بن سماعه: و سمعت جعفر بن سماعه و سئل عن امرأه طلّقت علی غیر السّنّه ألی أن أتزوّجها؟ فقال: نعم، فقلت له: أ لیس تعلم أن علیّ بن حنظله روی: إیّاکم و المطلّقات ثلاثا علی غیر السّنّه فإنّهنّ ذوات أزواج؟ فقال: یا بنیّ روایه علیّ بن أبی حمزه أوسع علی النّاس- الخبر»(۳) و دلالته اوضح من الکل ففیه: «ألزموهم من ذلک ما ألزموه أنفسهم» وغیرها.

لکن یعارضها ما تقدم من صحیح حفص بن البختریّ، عن إسحاق بن عمّار، عن الصّادق (علیه السلام) فی رجل طلّق امرأته ثلاثا فأراد رجل أن یتزوّجها کیف یصنع؟قال:

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸، ص: ۵۷ح۱۰۶

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸، ص: ۵۷ح۱۰۸

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸، ص: ۵۸ح۱۰۹

یدعها حتّی تحیض و تطهر ثمّ یأتیه ثانیه و معه رجلان شاهدان فیقول: أ طلّقت فلانه؟ فإذا قال: نعم ترکها ثلاثه أشهر، ثمّ خطبها إلی نفسها»(۱) الدال علی عدم کفایه طلاقهم بل لابد من ان یفعل بما تضمنه الصحیح.

و ردّ الشیخ دلالته و حمله علی ما إذا کان المطلّق لم یعتقد الثلاث و کان طلاقه فی الحیض جمعا بینه و بین تلک الاخبار التسعه, و لا یخفی ان جمعه تبرعی لا شاهد علیه.

و المفهوم من الکافی عدم جواز تزوّج المطلّقات ثلاثا إلّا بما تضمنه صحیح اسحاق وخبر عثمان بن عیسی المتقدّمین مقتصرا علیهما ولم یرو ما یعارضهما.

بل زادهما بروایتین فروی صحیح شعیب الحدّاد «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): رجل من موالیک و قد أراد أن یتزوّج امرأه قد وافقته و أعجبه بعض شأنها، و قد کان لها زوج فطلّقها ثلاثا علی غیر السّنّه، و قد کره أن یقدم علی تزویجها حتّی یستأمرک فتکون أنت تأمره؟ فقال (علیه السلام): هو الفرج، و أمر الفرج شدید و منه یکون الولد و نحن نحتاط فلا یتزوّجها»(۲).

ص:۴۸۳

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۲۴ح۳ و التّهذیب (فی ۱۱۳ من أحکام طلاقه) عن کتاب علیّ بن فضّال، عن حفص بن البختریّ، عن الصّادق (علیه السلام) بلا واسطه , و الفقیه فی باب ما أحلّ اللّه عزّ و جلّ من النکاح، فی خبره ۴، مع اختلاف لفظی.

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۲۳ح۲

و خبر علیّ بـن حنظله، عن الصّـادق (علیه السـلام): «إیّـاک و المطلّقـات ثلاثـا فی مجلس فـإنّهنّ ذوات أزواج»(۱), فإنّ روایته للأخبار الأربعه لا بدّ اما أن یقول بالجمع بینها و إمّا بالتوقّف, لکنه فی باب الارث لم یتردد فروی صحیحه عمر بن اذینه عن عبد اللّه بن محرز قـال: «قلت لأـبی عبـد اللّه (علیه السـلام): رجـل ترک ابنته وأخته لأـبیه وأمّه فقـال (علیه السـلام): المال کلّه لابنته ولیس للأخت من الأب والأمّ شـی ء، فقلت: انّا قـد احتجنا الی ذلک و الرجل المیت من هؤلاء الناس، و أخته مؤمنه عارفه، قال: فخـذ لها النصف خـذوا منهم مایأخذون منکم فی سـنتهم وأحکامهم، قال ابن أذینه: فذکرت ذلک لزراره، فقال: ان علی ما جاء به ابن محرز لنوراً(۲).

و یدل علی القاعده ایضا صحیحه محمد بن مسلم عن ابی جعفر (علیه السلام) قال: «سألته عن الاحکام، قال: یجوز علی أهل کل ذی دین مایستحلّون»(۳).

و صـحیحه محمد بن إسـماعیل بن بزیع قال: «سألت الرّضا (علیه السلام) عن میّت ترک امّه واخوه وأخوات، فقسّم هؤلاء میراثه، فـأعطوا الأـمّ السـدس، وأعطوا الاخوه و الأخوات ما بقی، فمات الأخوات، فأصابنی من میراثه، فأحببت أن أسألک: هل یجوز لی أخذ ما أصابنی من میراثها علی هذه القسمه أم لا؟ فقال: بلی، فقلت: ان

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۲۴ح۴

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۱۰۰ح۲

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۹، ص: ۳۲۲ح۱۱

أمّ المیت فی ما بلغنی قد دخلت فی هذا الأمر، أعنی: الدین، فسکت قلیلًا، ثم قال: خذه(۱).

اقول: و لا ریب فی المساله فی باب الارث فلا تعارض فی البین وکلام زراره و محمد بن مسلم و هما من اصحاب الاجماع هو القول الفصل فی القاعده وانها صحیحه لاریب فیها والاخبار بها فوق حد الاستفاضه ولا شک فی صدور هذه القاعده منهم علیهم السلام فالإشکال من جهه المدرک والمستند لا سبیل إلیه أصلًا و لابد من معرفه الوجه فی ما ورد فی باب الطلاق مما ظاهره المنافاه مع القاعده و هی کالتالی:

۱- موثق السّکونیّ، عن جعفر عن أبیه، عن علیّ علیهم السّلام «فی الرّجل یقال له: أ طلّقت امرأتک؟ فیقول: نعم، قال: قال: قد طلّقها حینئذ»(۲) وفیه: انه لا منافاه له مع القاعده وان من یقر یلزم باقراره.

۲- صحیح شعیب الحدّاد «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): رجل من موالیک و قد أراد أن یتزوّج امرأه قد وافقته و أعجبه بعض شأنها، و قد کان لها زوج فطلّقها ثلاثا علی غیر السّنّه، و قد کره أن یقدم علی تزویجها حتّی یستأمرک فتکون أنت تأمره؟ فقال (علیه السلام): هو الفرج، و أمر الفرج شدید و منه یکون الولد و نحن نحتاط

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۹، ص: ۳۲۳ح۱۷

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸، ص: ۳۸ح ۳۰

فلا يتزوّجها»(۱). وفيه: انه لاـ يخلو من اجمال والامام (عليه السلام) يامر بالاحتياط وهو التحفظ من هذه المرأه فلعلها ذات بعل لعدم تحقق طلاقها ولعلها مطلقه فلاـ اشكال بالتزوج بها ومن هنا يظهر ان ترجيح الامام عدم التزوج بها لا ينافى وقوع طلاقها وعليه فالروايه ليست فى مقام بيان الحكم الواقعى لحكمه يعلمها الامام فلاـ تعارض روايات قاعده الالزام الداله على الحكم الواقعى.

۳- خبر علىّ بن حنظله، عن الصّادق (عليه السلام): «إيّاك و المطلّقات ثلاثا فى مجلس فإنّهنّ ذوات أزواج»(۲). وفيه: ما ورد فى الجواب عن ذلك فى صحيح الهمدانى المتقدم «فانظر فإن كان ممّن يتوالانا و يقول بقولنا فلا طلاق عليه لأنّه لم يأت أمرا جهله، و إن كان ممّن لا يتوالانا و لا يقول بقولنا فاختلعها منه» والمطلق يحمل على المقيد فلا تعارض فى البين.

۴- صحيح حفص بن البخترىّ، عن إسحاق بن عمّار، عن الصّادق (عليه السلام) فى رجل طلّق امرأته ثلاثا فأراد رجل أن يتزوّجها كيف يصنع؟قال: يدعها حتّى تحيض و تطهر ثمّ يأتيه ثانيه و معه رجلان شاهدان فيقول: أ طلّقت فلانه؟ فإذا قال: نعم

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۲۳ح۲

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۲۴ح۴

ترکها ثلاثه أشـهر، ثمّ خطبها إلی نفسها»(۱) وظاهره عدم کفایه طلاقهم ولابد من تجدید صـیغه الطلاق مع شروط الطلاق حتی تحـل للثـانی والامام علمه طریق ذلک والامام (علیه السـلام) لم یصـرح بعـدم کفایه طلاقهم وانما لازم کلامه (علیه السـلام) هو ذلک وهذا الظاهر یتعارض مع صـریح روایات قاعده الالزام ومقتضی القاعده تقدم النص علی الظاهر فلعل المراد بها ما ورد فی صحیح شعیب من الاحتیاط وقلنا انه لحکمه یعلمها الامام (علیه السلام) .

۵- مرسـل عثمان بن عیسـی عن الصّادق (علیه السـلام) «أنّه قال: إیّاکم و ذوات الأزواج المطلّقات علی غیر السّـنّه، قال: قلت له: فرجل طلّق امرأته من هؤلاء ولی بها حاجه، قال:فتلقاه بعـد ما طلّقها و انقضت عـدّتها عنـد صاحبها فتقول له: أ طلّقت فلانه؟ فإذا قـال: نعم، فقـد صـار تطلیقه علی طهر فـدعها من حین طلّقها تلک التطلیقه حتّی تنقضـی عـدّتها، ثمّ تزوّجها فقـد صارت تطلیقه بائنه»(۲). والجواب عنه کسابقه مضافا الی ضعفه سندا, و بذلک یظهر صحه قاعده الالزام و لا معارض لها.

(و لا عبره) عندنا (بالسراح و الفراق)

ص:۴۸۷

۱- الکافی (ط - الإسـلامیه)، ج ۵، ص: ۴۲۴ح۳ و التّهذیب (فی ۱۱۳ من أحکـام طلاقه) عن کتاب علیّ بن فضّال، عن حفص بن البختریّ، عن الصّـادق (علیه السـلام) بلاـ واسـطه و الفقیه فی باب ما أحلّ اللّه عزّ و جلّ من النکاح، فی خبره ۴، مع اختلاف لفظی.

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۲۳ح۱

قیل: و إن عبر عن الطلاق بهما فی القرآن الکریم بقوله تعالی {أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} وقوله تعالی {أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ} لأنهما عند الإطلاق لا یطلقان علیه فکانا کنایه عنه لا صراحه فیهما و التعبیر بهما لا یدل علی جواز إیقاعه بهما.

وفیه: انه لیس المراد من التسریح فی قوله تعالی {وإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوف} الطّلاق، بل المراد إن قرب أجلهنّ إمّا یمسکها بمعروف بالمراجعه إلیها مع رعایه حقوقها و إمّا یسرّحها بتخلیتها، وکذلک قوله تعالی {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} لم یستعمل التسریح بدلا عن الطلاق و ذلک لان المراد به أنّ فی کلّ من المرّتین یطلّقها، له الحقّ أن یراجعها و یمسکها بمعروف أو یسرّحها بإحسان بأن یترکها حتی تنقضی عدّتها و یکون لها الاختیار فی نفسها، فقال فی الآیه بعدها «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ» و المعنی فإن راجعها بعد المرّه الثانیه أو فی العدّه أو عقد علیها بعد انقضاء عدّتها ثمّ طلّقها ثالثه، تحتاج إلی المحلّل.

و کذلک آیه تخییر النّبیّ (صلی الله علیه و آله) لنسائه {فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَ أُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلًا} و طلاقهنّ کان باختیارهنّ أنفسهنّ لا بتسریحه (صلی الله علیه و آله) لهنّ.

و کذلک قوله تعالی {فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَ أَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُم} لم یستعمل الفراق بدلا عن الطلاق بل المرادانه عند قرب انقضاء الأجل یتخیّر بین مراجعتها بالمعروف و تخلیتها بالمعروف و یشترط أوّلا

أیضا إشهاد العدلین، و حینئذ فالقرآن فی الآیات الثلاثه لم یأت بغیر لفظ الطّلاق و به صرّح المرتضی فی انتصاره.

(و) کذا (الخلیه و البریه و غیرهما) من الکنایات کالبته و بریه و حرام و بائن (و إن قصد الطلاق)

لما تقدم فی صحیح محمّد بن مسلم أنّه سأل أبا جعفر (علیه السلام) عن رجل قال لامرأته: «أنت علیّ حرام» أو «بائنه» أو «بتّه» أو «بریّه» أو «خلیّه» قال: هذا کلّه لیس بشی ء إنّما الطّلاق أن یقول لها فی قبل العدّه بعد ما تطهر من محیضها قبل أن یجامعها: «أنت طالق» أو «اعتدّی» یرید بذلک الطّلاق، و یشهد علی ذلک رجلین عدلین» وغیرها من الاخبار ولأصاله بقاء النکاح إلی أن یثبت شرعا ما یزیله.

و فی صحیح زراره عن الباقر (علیه السلام) «قلت له: ما تقول فی رجل قال لامرأته: أنت علیّ حرام فإنّما نروّی بالعراق أنّ علیّا (علیه السلام) جعلها ثلاثا، فقال: کذبوا لم یجعلها طلاقا و لو کان لی سلطان علیه لأوجعت رأسه، ثمّ أقول: إنّه تعالی أحلّها لک فما ذا حرّمها علیک؟! ما زدت علی أن کذبت فقلت لشی ء أحلّه اللّه لک إنّه حرام»(1) و الروایات بذلک مستفیضه.

حصیله البحث:

1- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج 6، ص: 135ح2

اللّفظ الصّريح فى الطلاق: أنت أو هـذه أو فلانه أو زوجتى مثلاً طالقٌ, و يجوز طلّقت فلانه و اعتـدّى , فلا يكفى: أنت طلاقٌ، و لا ـ مطلّقهٌ، و لا ـ عبره بالسّراح و الفراق و الخليّه و البريّه و إن قصـد الطّلاق، و تجزى الترجمه عنـد تعـذر النطق بالعربيه و لا يلزم توكيل العربى و ان أمكن, و الاقوى كفايه كل لفظ مفهم يدل عليه . و اما طلاق المخالفين و الكفار فيجوز عليهم مايستحلّون و يلزمون بما الزموا به انفسهم .

و طلاق الأخرس بالإشاره او إلقاء القناع على رأسها

(و طلاق الأخرس بالإشاره و إلقاء القناع على رأسها)

اقول: اكتفى الصـدوقان بإلقـاء القنـاع خـاصّه، و زادا رجوعه بكشـفه فقالاـ: «الأخرس إذا أراد أن يطلّق امرأته ألقى على رأسـها قناعها يرى أنّها قد حرمت عليه، و إذا أراد مراجعتها كشف القناع عنها.

و يشـهد لإلقاء القناع خاصّه معتبر السّكونىّ، عن الصّادق (عليه السـلام): طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها فيضـعها على رأسـها و يعتزلها»(۱) و مثله خبر أبى بصير(۲).

ص:۴۹۰

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۲۸ح۳

۲- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار ج ۳ ص ۳۰۱ باب۱۷۵ طلاق الأخرس

و خبر أبـان بن عثمـان، عن الصّـادق (عليه السـلام): «سـألته عن طلاق الخرساء، قال: يلفّ قناعها على رأسـها و يجـذبه»(۱) لكنه ضعيف سندا بصالح بن السندی.

و أمّا الإشاره فيـدل عليها صـحيح البزنطیّ سألت أبا الحسن (عليه السـلام) «عن الرّجل تكون عنده المرأه، ثمّ يصـمت فلا يتكلّم، قـال: يكون أخرس؟ قلت: نعم فيعلم منه بغض لامرأته و كراهته لهـا أ يجوز أن يطلّق عنه وليّه؟ قـال: لا، و لكن يكتب و يشـهد على ذلك، قلت: لا يكتب و لا يسمع كيف يطلّقها، فقال: بالّذی يعرف به من فعاله مثل ما ذكرت من كراهيته و بغضه لها»(۲) و قد دلّ على كفايه الإشاره و تقدّم الكتابه عليها لو كان ذا كتابه .

و يـدلّ على كفـايه الكتـاب منه معتبر يونس «فی رجـل أخرس كتب فی الأرض بطلاق امرأته، قال: إذا فعل ذلك فی قبل الطهر بشـهود و فهم عنه كمـا يفهم عن مثله و يريـد الطلاـق جـاز طلاقه على السّـنّه»(۳). قلت: و الجمع بين هـذه الاخبـار وقوع طلاـق الاخرس بكل ما يفهم ذلك.

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۲۸ح۲

۲- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۲۸ح۱

۳- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۲۸ح۴

وقوع الطلاق بالكتابه وعدمه

(و لا يقع الطلاق بالكتب حاضرا كان أو غائبا)

و ذلك لاطلاق صحيح زراره قلت لأبی جعفر (علیه السلام): رجل کتب بطلاق امرأته أو بعتق غلام ثمّ بدا له فمحاه؟ قال: لیس ذلک بطلاق و لا عتاق حتّی یکلّم به»(۱).

و مثله صحیحه الاخر قال:«سألته عن رجل کتب إلی امرأته بطلاقها أو کتب بعتق مملوک و لم ینطق به لسانه، قال: لیس بشیء حتّی ینطق به»(۲) ولا یبعد أن یکون الأصل فیه و فی ما مرّ واحدا.

و یعارض اطلاقهما فی الغائب صحیح أبی حمزه الثّمالی عن الباقر (علیه السلام): «سألته عن رجل قال لرجل: اکتب یا فلان إلی امرأتی بطلاقها أو قال: اکتب إلی عبدی بعتقه أ یکون ذلک طلاقا أو عتقا؟ قال: لا یکون طلاق و لا عتق حتّی ینطق به اللّسان أو یخطّ بیده و هو یرید الطّلاق أو العتق و یکون ذلک منه بالأهلّه و الشهود و یکون غائبا عن أهله»(۳) و مقتضی القاعده هو التقیید و هو المفهوم من الفقیه

ص:۴۹۲

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۶۴ح۲

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۵۳ح۲۳

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۶۴ح۱

حیث اقتصر علیه(۱) و هو المفهوم من الکافی أیضا حیث جمع بینهما و به عمل الشیخ فی نهایته و أنکره فی مبسوطیه وعمل به القاضی فی کامله و أنکره فی مهذّبه، و أنکره الإسکافیّ و الحلّی، لإطلاق صحیح زراره المتقدم.

ثمّ علی العمل به، قیل: ان الصحیح تضمّن اشتراط کتابته بنفسه لا ـ بوکیله فلم أطلقوا صحه الکتابه به؟ قلت: لا ـ یفهم العرف موضوعیه للکتابه بیده و انما الملاک فی ذلک انشاء الطلاق وارادته کما صرح بذلک الصحیح و هو یحصل بکتابه وکیله لانه کالاصیل.

(و لا بالتّخییر و ان اختارت نفسها فی الحال)

اقول: اختلف الاصحاب فی جواز تفویض الزوج أمر الطلاق الی المرأه و تخییرها فی نفسها ناویا به الطلاق و وقوع الطلاق لو اختارت نفسها، فذهب جماعه منهم ابن الجنید و ابن أبی عقیل و السیّد و ظاهر ابن بابویه الی وقوعه به إذا اختارت نفسها بعد تخییره لها علی الفور مع اجتماع شرائط الطلاق حیث قال: «فمن الطّلاق طلاق السنّه و طلاق العدّه- إلی- و التخییر، و أمّا التخییر فأصل ذلک أنّ اللّه تعالی أنف لنبیّه ما قالها بعض نسائه: أ تری محمّدا لو طلّقنا لا نجد أکفاءنا من قریش یتزوّجونا- إلخ».و نقله الحلیّ عن المرتضی أیضا، و الظاهر أنّه أراد به قوله

ص:۴۹۳

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۵۰۳

فی جواب مسائل الموصل الثانیه حیث نقل کلام علیّ بن بابویه، و صحیح محمّد بن مسلم الاتی الدال علی الجواز.

و ظاهر الصدوق فی الفقیه التّوقّف لانه جمع بین روایه الطائفتین.

و ذهب الشیخ و المتأخرون ومنهم المصنف الی عدم وقوعه بذلک، و وجه الخلاف اختلاف الروایات، ففی صحیح محمّد بن مسلم: «سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن الخیار، فقال: و ما هو و ما ذاک إنّما ذاک شی ء کان لرسول اللّه (صلی الله علیه و آله) »(۱) وبذلک استفاضت النصوص.

و یشهد للجواز صحیح محمّد بن مسلم عن الباقر (علیه السلام): «إذا خیّرها أو جعل أمرها بیدها فی غیر قُبُل عدّتها من غیر أن یشهد شاهدین فلیس بشی ء و إن خیّرها أو جعل أمرها بیدها بشهاده شاهدین فی قبل عدّتها فهی بالخیار ما لم یتفرّق فإن اختارت نفسها فهی واحده و هو أحقّ برجعتها و إن اختارت زوجها فلیس بطلاق»(۲) و غیره من النصوص و هی مستفیضه ایضا.

و حمل التّهذیب أخبار التخییر الداله علی الوقوع علی التقیه لاتفاق العامه علیه . و فیه: انه لا شاهد له، و حملها العلامه فی المختلف علی ما إذا طلقت بعد التخییر و هو کما تری خلاف ظاهرها.

ص:۴۹۴

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۳۶ح ۱

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۵۱۸ ح ۴۸۱۱

اقول: و حیث لا مرجح لاحدی الطائفتین علی الاخری فیتعارضان و یتساقطان و مقتضی عمومات الوکاله صحته و لولاها فالاصل عدم تحقق الطلاق.

هـذ و اختلف القـائلون بوقوعه فی أنّه هـل یقع رجعیـا أو بائنـا فقـال ابن أبی عقیل: یقع رجعیا، و فصل ابن الجنیـد فقال: ان کان التخییر بعوض کان بائنا و الّا کان رجعیا، و ذلک لاختلاف مفاد الاخبار فموثق زراره «لو اخترن أنفسـهنَّ کانت واحـدهً بائنه»(۱) دالّ علی أنّه طلاق بائن و مثله غیره، و صـحیح محمّـد بن مسـلم المتقـدم «فإن اختارت نفسـها فهی واحدهٌ و هو أحقُّ برجعتها» و صحیح الفضـیل دالّان علی أنّه طلاق رجعه، لکن لم أقف علی من قال بالأولی مطلقا و الإسـکافیّ فصّل و استثنی ما إذا کان عن عوض کالخلعی.

و امـا تفویض الطلاـق الی الزوجه بـان تکون هی صـاحبه الاختیـار اصـاله لا وکاله فالظاهر انه خلاف القران و السـنه کما یشـهد لـذلک مرسـل هـارون بن مسـلم عنه (علیه السـلام) قال: «قلت له: ما تقول فی رجل جعل أمر امرأته بیـدها؟ فقال: ولّی الأمر من لیس أهله، و خالف السّنّه و لم یجز النکاح»(۲).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۳۷ح۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۳۷ح۴

و خبر إبراهيم بن محرز: «سأل أبا جعفر (علیه السلام) رجل و إنا عنده, فقال: رجل قال لامرأته: أمرک بیدک قال: أنّی یکون هذا و اللّه یقول {الرِّجَالُ قَوّامُونَ عَلَی النِّسَاءِ} لیس هذا بشی ء»(1).

الشرط الثانی: التنجیز کما قال المصنف: (ولا) یقع الطلاق (معلقا علی شرط)

و هو ما أمکن وقوعه و عدمه کقدوم المسافر و دخولها الدار و هو موضع وفاق منا إلا أن یکون الشرط معلوم الوقوع له حال الصیغه کما لو قال أنت طالق إن کان الطلاق یقع بک و هو یعلم وقوعه علی الأقوی لأنه حینئذ غیر معلق , و من الشرط تعلیقه علی مشیئه الله تعالی.

و یشهد لعدم صحته موثق أبی أسامه الشّحّام عنه (علیه السلام) قلت: «إنّ قریبا لی أو صهرا لی حلف إن خرجت امرأته من الباب فهی طالق ثلاثا، فخرجت فقد دخل صاحبها منها ما شاء اللّه من المشقه فأمرنی أن أسألک فأصغی إلیّ فقال: مره فلیمسکها فلیس بشی ء، ثمّ التفت إلی القوم فقال: سبحان اللّه یأمرونها أن تزوّج و لها زوج»(2) وقد یشکل فی سنده من جهه الشحام والاقوی وثاقته لتوثیق المفید له مضافا الی وقوع صفوان و هو من اصحاب الاجماع فی سنده و هو یکفی فی موثوقیته.

1- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸، ص: ۸۸ح ۲۲۱

2- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸، ص: ۵۷ح ۱۰۴

و أمّا خبر السيّاری، عن أبی الحسن (علیه السلام) یرفعه قال: «جاء رجل إلی عمر فقال: إنّ امرأته نازعته فقالت له: یا سفله، فقال لها: إن کان سفله فهی طالق، فقال له عمر إن کنت ممّن تتبع القصاص و تمشی فی غیر حاجه و تأتی أبواب السّلطان فقد بانت منک، فقال له أمیر المؤمنین (علیه السلام): لیس کما قلت- إلی- فقال له عمر: ائتیه فاسمع ما یفتیک فأتاه فقال له أمیر المؤمنین (علیه السلام): إن کنت لا تبالی ما قلت و ما قیل لک فأنت سفله، و إلّا فلا شی ء علیک»(۱) الظاهر فی صحه التّعلیق فمضافا الی ارساله ضعیف بالسیاری.

(أو صفه)

و هو ما قطع بحصوله عاده کقولک «إذا طلعت الشّمس أو غربت فهی طالق» ولم یرد فیه نصّ بالخصوص لکن یکفی فی عدم صحّته موثق أبی أسامه المتقدم انفا الوارد فی عدم صحه التعلیق بالشرط وذلک لعدم الخصوصیه للشرط حسب الفهم العرفی.

هذا و قد تمسک صاحب الجواهربهذین الوجهین و هما:

۱- منافاه التعلیق لقاعده عدم تأخر المعلول عن علته.

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۶، ص: ۲۹۵ح۲۸

۲- ان ظاهر الروايات فعليه الطلاق بمجرد تحقق الصيغه، و اشتراط تأخره الى حصول المعلق عليه شرع جديد(۱).

قلت: و فيهما ما لايخفى , اما فى الاول فمضافا للاشكال فى اصل المبنى فى عالم الاعتبار ان العله ليست هى الصيغه بمجردها بل مع الشرط فلا تأخر.

و اما فى الثانى فلانه لا توجد روايه تدل بوضوح على ذلك.

هذا كله اذا فرض وجود مطلقات تدل على مشروعيه الطلاق المعلق و الّا كفى القصور فى المقتضى حيث يجرى آنذاك استصحاب بقاء النكاح بناء على جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكميه و عدم معارضه استصحاب بقاء المجعول بأصاله عدم الجعل الزائد كما هو المختار.

بل يمكن تقريب جريان الاستصحاب حتى بناء على مبنى صاحب الرأى المذكور، بان يستصحب بقاء اباحه الاستمتاعات، فان القائل بالمنع من جريان الاستصحاب فى الاحكام يخصّص ذلك بالاحكام الالزاميه دون الترخيصيه، اذ لا جعل فيها ليعارض استصحاب بقائها باستصحاب عدم الجعل الزائد.

هذا و قد يتوهم صحه التعليق فى الطلاق قياسا على الظهار .

و فيه: بطلان القياس عندنا بالضروره من المذهب.

ص:۴۹۸

۱- جواهر الكلام ۳۲: ۷۸

و لو فسّر الطلقه بأزيد من الواحده لغا التفسير

(و لو فسّر الطلقه بأزيد من الواحده لغا التفسير)

ذهب إلى عدم الوقوع العمانيّ و هو المفهوم من الدّيلميّ و ابن حمزه، و ذهب إلى صحّه الواحده الشيخ و القاضى و ابن زهره و الحليّ، و به قال المرتضى فى ناصريّاته و انتصاره(۱).

۱- و نسبهُ المختلف إلى انتصاره العدم وهمٌ، و ذكر النجعه ج۹ ص ۲۱۸ فى وجه التوهم: أنّه رأى فى صدر كلامه ما يوهمه لكن مراده أنّ الثلاث بعنوان الثلاث لا يقع، فقال فى جمله كلامه: «فإن تعلّقوا أيضا بما رووه من أنّ عبد الرّحمن طلّق امرأته «تماضر» ثلاثا فجوابه أنّه يجوز أن يكون طلّقها فى أطهار ثلاثه، و قال أيضا: و روى عن ابن عبّاس أنّ الطلاق كان على عهد النّبيّ (صلى الله عليه و آله) و عهد أبى بكر و صدر من إماره عمر طلاق الثلاث واحده ثمّ جعلها عمر بعد ذلك ثلاثا». و قال: و روى عكرمه عن ابن عبّاس أنّ ركانه بن عبد يزيد طلّق امرأته ثلاثا فى مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله النّبيّ (صلى الله عليه و آله) كيف طلّقتها لعلّك طلّقتها ثلاثا فى مجلس واحد؟ قال: نعم، قال (صلى الله عليه و آله): فإنّما تلك واحده فراجعها إن شئت، فراجعها». هذا، و ما قاله المرتضى رووا أنّ عبد الرّحمن طلّق امرأته «تماضر» ثلاثا» مراده بعبد الرّحمن فى الخبر عبد الرّحمن بن عوف فصرّح الفيّومى بأنّ تماضر كانت امرأه ابن عوف. و فى الخلاف (فى مسأله طلاق المريض) «و روى أنّ عبد الرّحمن ابن عوف طلّق زوجته تماضر الكلبيّه فى مرضه فترافعوا إلى عثمان فورثها منه». و جعله الحليّ عبد الرّحمن بن أبى بكر وهو وهمٌ.

و یشـهد للوقوع واحـده صـحیح زراره، عن أحـدهما علیهمـا السّـلام: «سألته عن رجل طلّق امرأته ثلاثا فی مجلس أو أکثر و هی طاهر؟ قال هی واحده»(۱).

و صحیحه الاخر عن أحدهما علیهما السّلام أیضا: «سألته عن الذی یطلّق فی حال طهر فی مجلس ثلاثا قال هی واحده»(۲).

و صـحیح أبی بصـیر الأسدیّ، و محمّد بن علیّ الحلبیّ، و عمر بن حنظله، عن الصّادق (علیه السـلام): «الطلاق ثلاثا فی غیر عدّه إن کانت علی طهر فواحده و إن لم تکن علی طهر فلیس بشی ء»(۳) و غیرها من الاخبار و هی فوق حد الاستفاضه.

و اما خبر محمّد بن سعید الأمویّ، عنه (علیه السلام): «سألته عن رجل طلّق ثلاثا فی مقعد واحد، فقال: أمّا أنا فأراه قد لزمه، و أمّا أبی فکـان یری ذلک واحـده»(۴), فمضافـا الی ضـعفه سـندا ظـاهر فی التقیه لاـنهم (علیه السـلام) لم یکونـوا یختلفـون أوّلهم و آخرهم فلا بدّ أنّ قوله (علیه السلام):«أمّا أنا- إلخ» تقیّه و یکفینا قوله (علیه السلام): إنّ أباه یراه واحده.

و اما موثق إسـحاق بن عمّار الصّیرفیّ، عن جعفر، عن أبیه علیهما السّلام «أنّ علیّا (علیه السلام) کان یقول: إذا طلّق الرّجل المرأه قبل أن یدخل بها ثلاثا فی کلمه واحده

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۷۰ح۱
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۷۱ح۲
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۷۱ح۳
۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۵۳ح۹۳

فقـد بـانت منه، و لاـ ميراث بينهمـا و لاـ رجعه، و لا تحلّ له حتّى تنكـح زوجا غيره، و إن قال: هى طالق هى طالق فقد بانت منه بالأولى و هو خاطب من الخطّاب إن شاءت نكحته نكاحا جديدا و إن شاءت لم تفعل»(۱).

فمحمول على التقيه ايضا بقرينه ان الراوى عن إسحاق وهو غياث عامّىّ مضافا الى انه لا قائل بما تضمنه من تفصيل احد منا فهو معرض عنه كما ولا يقاوم تلك الاخبار المتعدده الداله على وقوع الطلاق مره لا اكثر بكلا الصيغتين.

و بهذا الجواب يجاب عما فى خبر علىّ بن إسماعيل قال: «كتب عبد اللّه بن محمّد إلى أبى الحسن (عليه السلام): جعلت فداك روى أصحابنا عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) فى الرّجل يطلّق امرأته ثلاثا بكلمه واحده على طهر بغير جماع بشاهدين إنّه يلزمه تطليقه واحده؟ فوقّع بخطّه (عليه السلام): أخطأ على أبى عبد اللّه (عليه السلام)، إنّه لاـ يلزمه الطّلاق و يردّ إلى الكتاب و السنّه»(۲).

و يشهد للحمل على التقيه صحيح البزنطى عن أبى الحسن (عليه السلام): «سأله رجل- و أنا حاضر- عن رجل طلّق امرأته ثلاثا فى مجلس واحد، فقال لى أبو الحسن (عليه السلام): من طلّق امرأته ثلاثا للسنّه فقد بانت منه، قال: ثمّ التفت إلىّ فقال: فلان لا يحسن

ص:۵۰۱

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۵۴ح۹۴

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۵۶ح۱۰۱

أن يقول مثل هـذا»(۱) فـان الظـاهر من قوله: «فلاـن لا يحسن أن يقول مثل هـذا»أنّه لا يحسن أن يورّى فى الجواب فى مثل هـذا الموضع مثل ما ورّيت بما لا ينافى الحقّ».

و اما مـا فى موثق حفص بن البخترىّ، عنه (عليه السـلام): «إيّاكم و المطلّقات ثلاثا فإنّهنّ ذوات أزواج»(۲) ومثله غيره فمحمول على كون الطّلاق بلا توفر شرائطه كان يكون بلا شاهدين او فى الحيض و نحوه كما هو الغالب عند العامه.

هـذا و فى صـحيح أبى أيّوب الخزّاز، عن الصّادق (عليه السـلام) قال: «كنت عنده فجاء رجل فسأله فقال: رجل طلّق امرأته ثلاثا، قال: بانت منه، قال: فـذهب، ثمّ جاء رجل آخر من أصـحابنا فقال رجل: طلّق امرأته ثلاثا فقال: تطليقه واحـده، و جاء آخر فقال: رجل طلّق امرأته ثلاثا فقال: ليس بشـى ء، ثمّ نظر إلىّ فقال:هو ما ترى، قلت: كيف هـذا؟ فقال: هذا يرى إنّ من طلّق امرأته ثلاثا حرمت عليه و أنـا أرى أنّ من طلّـق امرأته ثلاثـا على السّـنّه فقـد بـانت منه، و رجـل طلّـق امرأته ثلاثـا و هى على طهر فإنّمـا هى واحده، و رجل طلّق امرأته ثلاثا على غير طهر فليس بشـى ء»(۳) دلاله على ان جواب الامام (عليه السـلام) للسائل الاول كان من باب الزموهم بما الزموا

ص:۵۰۲

۱- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۲۹۰ح۱۹
۲- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۲۵۹ح۱۷
۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۵۴ح۹۵

انفسهم فان قوله (علیه السلام) «هذا یری إنّ من طلّق امرأته ثلاثا حرمت علیه و أنا أری أنّ من طلّق امرأته ثلاثا علی السّنّه فقد بانت منه» و مثله غیره.

و اما ما فی نوادر أحمد الأشعریّ «عن سماعه: سألته عن رجل یطلّق امرأته ثلاثا فی مجلس واحد فقیل له: إنّها واحده، فقال لها: أنت امرأتی، فقالت: لا أرجع إلیک أبدا، فقال: لا یحلّ لأحد أن یتزوّجها غیره» فمحمول علی رجوعه الیها فی العده و علیه فلا ظهور لها فی المدعی من عدم الوقوع مره.

و مثله معتبر یحیی الأزرق، عن أبی الحسن (علیه السلام): «المطلّقه ثلاثا ترث و تورث ما دامت فی عدّتها»(۱) و المراد به ثلاثا فی مجلس واحد فتقع واحده رجعیّه فیتوارثان.

و اما خبر الحسن بن زیاد الصّیقل. عن الصّادق: «لا تشهد لمن طلّق ثلاثا فی مجلس واحد»(۲) قلت: هو أعمّ من بطلانه رأسا، لان من المحتمل ان النهی عن الشهاده فیه لاجل النهی عن المنکر لأنّ من یفعل ذلک یأت بعمل غیر مشروع و یمکن أن یکون سببا لمنع زوجها من مراجعتها فی العدّه أو تزوّجها بعدها بدون زوج آخر.

حصیله البحث:

ص:۵۰۳

۱- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۲۹۱ح ۲۰
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۵۶ح ۱۰۰

و اما طلاق الأخرس فالظاهر وقوع بكل ما يفهم ذلك وتتقدم الكتابه على الإشاره او إلقاء القناع، و لا يقع بالكتب حاضراً لا غائباً, و لا يصح تفويض الطلاق الى الزوجه بان تكون هى صاحبه الاختيار اصاله لا وكاله، و لا يقع معلّقاً على شرطٍ أو صفهٍ و لو فسّر الطّلقه بأزيد من الواحده وقع واحده و لغى التّفسير.

و يعتبر فى المطلق البلوغ

الشرط الثالث: من شرائط صحه الطلاق البلوغ مطلقا فلا يكفى بلوغ الصبى عشرا عند المصنف فقال:

(و يعتبر فى المطلق البلوغ) كما هو المشهور بين المتأخرين خلافا للمشهور بين القدماء لعده امور:

١- التمسك بحديث رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم(١) فان مقتضى اطلاقه الشمول لقلم الوضع أيضا, و ضعف سنده منجبر بعمل الاصحاب.

و فيه: انه ظاهر فى رفع المؤخذه و لا ظهور له فى رفع الاحكام الوضعيه وقد تقدم تفصيل الجواب فى كتاب البيع .

ص:۵۰۴

١- وسائل الشيعه ١: ٣٠ الباب ۴ من أبواب مقدمه العبادات

۲- اجماع الاصحاب علی اعتبار البلوغ فی باب البیع و سائر المعاملات المالیه. و الطلاق ان لم یکن اولی باعتبار ذلک فیه فلا أقلّ من عدم الفرق بینهما.

و فیه: عدم تحقق الاجماع , کیف و المشهور بین المتقدمین صحته.

۳- خبر الکنانی «لیس طلاق الصبی بشیء»(۱).

و فیه: مضافا الی ضعفه بمحمد بن الفضیل محمول علی من لم یبلغ عشراً لان النسبه بینه وبین ما سیاتی مما یدل علی الصحه بالاطلاق والتقیید والمطلق یحمل علی المقید, ومثله معتبر السّکونیّ، عن الصّادق (علیه السلام) «کلّ طلاق جائز إلّا طلاق المعتوه أو الصبیّ أو مبرسم أو مجنون أو مکره»(۲) لا یمتنع من التقیید.

۴- موثق الحسین بن علوان عن جعفر بن محمد عن ابیه عن علی علیهم السّلام: «لا یجوز طلاق الغلام حتی یحتلم»(۳) و الحسین ثقه لان ظاهر کلام النجاشی: «الحسین بن علوان الکلبی مولاهم کوفی عامی. و اخوه الحسن یکنی ابا محمد ثقه رویا عن ابی عبد اللّه (علیه السلام) ...»(۴) رجوع التوثیق الی الحسین دون الحسن.

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۷۶ح۱۷۵

۲- الکافی ج ۶، ص: ۱۲۶ح۶ والبرسام: هو التهاب فی الحجاب الذی بین الکبد و القلب.

۳- وسائل الشیعه ۱۵: ۳۲۵ باب ۳۲ من ابواب مقدمات الطلاق حدیث ۸

۴- رجال النجاشی: ۳۸ منشورات مکتبه الداوری

و فيه: انه لم يروه المشايخ الثلاثه بل اختص بروايته الحميرى(۱) كما وان الاصحاب اعرضوا عنه فذهب إلى صحّه طلاق الصبىّ علىّ ابن بابويه إذا طلّق للسنّه، و الإسكافىّ إذا كان يعقل الطّلاق، و يضع الأمور مواضعها، و هو المفهوم من الفقيه حيث روى موثقه سماعه: «سألته عن طلاق الغلام و لم يحتلم و صدقته؟ فقال: إذا طلّق للسنّه و وضع الصّدقه فى موضعها و حقّها فلا بأس، و هو جائز»(۲) وبه قال الشيخان ايضا(۳).

و هو المفهوم من الكلينى حيث اعتمد موثق محمد بن مسلم المروى بثلاث اسانيد احدها موثق و هو احد سندى الكلينى فى الكافى و فيه «يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل و صدقته ووصيته و ان لم يحتلم»(۴).

و موثق عن ابن بكير عن ابى عبد اللّه (عليه السلام): «يجوز طلاق الصبى اذا بلغ عشر سنين»(۵).

ص:۵۰۶

۱- قرب الإسناد (ط - الحديثه) ص: ۹

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۵۰۴ باب طلاق الغلام.

۳- جواهر الكلام ۳۲: ۵.وفى تهذيب الاحكام ج ۸ ص ۷۵ ما نصه: «طلاق الصبى جائز اذا عقل الطلاق و حدّ ذلك عشر سنين. يدل على ذلك ما رواه ...».

۴- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۱۸۲ح۸

۵- تهذيب الاحكام ج ۸ ص ۷۵ ح ۱۷۳

و صحیح ابن ابی عمیر عن بعض رجاله عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «یجوز طلاق الصبی اذا بلغ عشر سنین»(۱) و لا یضر الارسال فی السند بعد کون المرسل ابن ابی عمیر کما هو المشهور من حجیه مراسیله من دون تفصیل و اجمعت العصابه علی تصحیح ما یصح منه.

لکن النسخ قد اختلفت فی کیفیه نقل متن الروایه، ففی بعضها: «لا یجوز طلاق الصبی اذا بلغ عشر سنین» و فی بعضها الآخر: «یجوز» بدون کلمه النفی والسیاق یشهد للثانی و الّا فلا معنی للقید باذا بلغ... کما لایخفی.

و اما خبر الکناسی الوارد هذه الزیاده فیه فی کتاب المشیخه للحسن بن محبوب السراد و قد تضمن التفصیل فی الطلاق ففیه: «فإن طلّقها فی تلک الحال و لم یکن أدرک أ یجوز طلاقه قال إن کان مسّها فی الفرج فإنّ طلاقها جائزٌ علیها و علیه و إن لم یمسّها فی الفرج و لم تلذّ منه فإنّها تعزل عنه و تصیر إلی أهلها فلا یراها و لا تقربه حتّی یدرک فیسأل و یقال له إنّک کنت طلّقت امرأتک فلانه فإن هو أقرّ بذلک و أجاز الطّلاق کانت تطلیقةً بائنه»(۲) فلم یعمل به احد فیرد علمه الی اهله.

و اما ما فی صحیح الحلبیّ: «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): الغلام له عشر سنین فتزوّجه أبوه فی صغره أ یجوز طلاقه و هو ابن عشر سنین، قال: فقال: أمّا التزویج فصحیح،

ص:۵۰۷

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۲۴ح۵

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۸۳ح۲۰

و أمّا طلاقه فينبغى أن تحبس عليه امرأته حتّى يـدرك، فيعلم أنّه قـد كان طلّق، فإن أقرّ بـذلك و أمضاه فهى واحـده بائنه، و هو خاطب من الخطّاب و إن أنكر ذلك و أبى أن يمضيه فهى امرأته- الخبر»(۱) فقد يتوهم منه عدم صحه طلاقه .

و فيه: انه لا منافاه فيه لوقوع الطلاق لأنّه دالّ على أنّه إذا عقل و هو ابن عشر و دليله إقراره بعد البلوغ, يكون طلاقه صحيحا و إن أبى إيقاعه الطّلاق فليس بصحيح . و هذا التفصيل لايخلو من غموض فالصحيح رد علمه الى اهله.

الشرط الرابع: (و) هو (العقل)

و ذلك لعـدم تحقق القصـد منه و للروايات الخاصه، كصـحيحه الحلبى: «سألت ابا عبد اللّه (عليه السـلام) عن طلاق السكران و عتقه فقال: لا يجوز. قال: و سألته عن طلاق المعتوه قال: و ما هو؟ قال: قلت: الاحمق الذاهب العقل قال: لا يجوز»(۲) و غيرها.

و أمّا صـحيح أبى بصـير، عن الصّادق (عليه السـلام) «سئل عن المعتوه أ يجوز طلاقه، فقال: ما هو؟ قلت: الأحمق الذّاهب العقل، قال: نعم»(۳). فلم يعلم ان المراد به نفوذ طلاقه بتوسطه هو و لعل المراد نفوذ طلاقه بواسطه وليه فوقع السؤال عن جواز اصل

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص: ۳۱۰ح۵۶۶۵
۲- وسائل الشيعه ۱۵: ۳۲۸ الباب ۳۴ من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ۵
۳- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۵۰۵ ح ۴۷۷۱

طلاقه و علی هذا المعنی حمل الصدوق و الشیخ الخبر(۱), و بشهاده صحیحه أبی خالد القماط الآتیه.

و یطلّق الولیّ عن المجنون المطبق

(و یطلّق الولیّ عن المجنون المطبق)

لیس فی الأخبار التقیید بالإطباق, و وجه تقییده أنّ غیره یمکن رفعه فیطلّق الزّوج بنفسه, و الیه اشیر فی صحیحه القماط الاتیه حیث قال (علیه السلام): «و لم لاـ یطلق هو؟» فسؤاله (علیه السلام) ناظر الی فرض عدم زوال العقل بشکل کامل او الی حاله الجنون الادواری مع فرض الافاقه.

و الإطباق هو المفهوم من الإسکافیّ فقال: «و من کان لا یثبت عقله إلیه لم یکن طلاقه طلاقا- إلی- فإذا أراد الطّلاق طلّق عنه ولیّه».

و اما جواز الطلاق لولی المجنون فهو المشهور لصحیحه أبی خالد القماط: «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): الرجل الاحمق الذاهب العقل یجوز طلاق ولیّه علیه؟ قال: و لم لا یطلق هو؟ قلت: لا یؤمن إن طلّق هو ان یقول غدا:لم أطلق أو لا یحسن ان

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۷۵ح ۱۷۱

يطلّق قال: ما أرى وليّه الا بمنزله السلطان»(۱)وذلالتها واضحه لا تخفى على احد , و غيرها.

هذا و قد نسب الخلاف فى المسأله إلى ابن ادريس تمسكا بان الاصل بقاء العقد و بالنبوى: «الطلاق بيد من اخذ بالساق»(۲).

و فيه: ان الاصل لا مجال له مع الدليل الاجتهادى. و النبوى على تقدير تماميته سندا قابل للتقييد بصحيحه القماط و غيرها.

هذا و لابد من تقييد جواز طلاق ولى المجنون بما اذا كان المجنون بالغا و ذلك لانه بدون فرض ذلك يكون مشمولا لإطلاق صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه الداله على ان الاب لا يجوز له الطلاق بالولايه.

و اذا قيل: كما ان لصحيحه ابن مسلم اطلاقا كذلك لصحيحه القماط اطلاق فلما ذا تقديم الاطلاق الاول؟ قلنا: انه يمكن التشكيك فى ثبوت الاطلاق لصحيحه القماط لأنها منصرفه الى المورد الذى يكون للمجنون الحق فى الطلاق لو لا جنونه، و ذلك لا يتم الا اذا كان المجنون بالغا بناء على عدم ثبوت الحق لغير البالغ فى الطلاق.

۱- وسائل الشيعه ۱۵: ۳۲۹ الباب ۳۵ من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ۱

۲- السرائر ج ۲ ص ۶۰۰ باب العقد على الإماء و العبيد و ما فى ذلك من الأحكام

ثم انه مع التنزل و فرض تعارض الاطلاقین و تساقطهما یلزم الرجوع إلی الاصل و هو یقتضی عدم ترتب الاثر علی طلاق الولی.

هذا و قد تقدم ان ولایه الولی علی المجنون نافذه مطلقا لکنه هو مکلف برعایه مصلحته.

و (لا) ولایه لولی الصبی (عن الصبیّ)

فی الطلاق و ذلک لقصور المقتضی, و مع التنزل یمکن التمسک بالروایات الخاصه کصحیحه محمد بن مسلم عن ابی جعفر (علیه السلام):«الصبی یتزوج الصبیه یتوارثان؟ فقال: اذا کان ابواهما اللذان زوجاهما فنعم, فقلت: فهل یجوز طلاق الاب؟ قال: لا»(1) و غیرها.

(و لا) یُطلق (عن السکران)

و کذا المغمی علیه و شارب المرقد کالنائم لانه لا ولایه له علیهم و لأن عذرهم متوقع الزوال.

الشرط الخامس: (و) هو (الاختیار، فلا یقع طلاق المکره)

ص:۵۱۱

۱- ال وسائل ۱۴: ۲۲۰ ب ۱۲ من عقد النکاح ح۱ و ۱۵: ۳۲۶ ب ۳۳ من مقدمات الطلاق.

كما هو مقتضى حديث الرفع(۱) و يشـهد له ايضا صـحيح زراره، عن الباقر (عليه السلام): «عن طلاق المكره و عتقه، فقال: ليس طلاقه بطلاق و لا عتقه بعتق، فقلت: إنّى رجل تاجر أمرّ بالعشّار و معى مال؟ فقال: غيّبه ما اسـتطعت وضـعه مواضعه، فقلت: و إن حلّفنى بالطّلاق و العتاق؟فقال: احلف له، ثمّ أخـذ تمره فحفن بها من زبد كان قدّامه فقال: ما أبالى حلفت لهم بالطّلاق و العتاق أو أكلتها»(۲) و غيره.

الشرط السادس: (و) هو(القصد و لا عبره بعباره السّاهى و النائم و الغالط)

و الهازل و غيرهم ممن لا قصـد لهم و ذلك لمعلوميه تبعيه العقود و الايقاعات للقصـد. هـذا مضافا الى موثق هشام بن سالم عن الصّادق (عليه السلام): «لا طلاق إلّا لمن أراد الطّلاق»(۳) وبذلك استفاضت الاخبار.

حصيله البحث:

يعتبر فى المطلّق البلوغ نعم يصـح طلاق البالغ عشـرا, و العقل، و يطلّق الولىّ عن المجنون اذا كان المجنون بالغا و لا يصح طلاقه عن الصّبىّ و لا عن السّكران، و الاختيار فلا يقع طلاق المكره، و القصد فلا عبره بعباره السّاهى و النّائم و الغالط .

۱- وسائل الشيعه ۱۱: ۲۹۵ الباب ۵۶ من أبواب جهاد النفس الحديث ۱

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۲۷ح۲

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۵۱ح ۸۰

و يجوز توكيل الزوجه فی طلاق نفسها و غيرها

(و يجوز توكيل الزوجه فی طلاق نفسها و غيرها)

اما اصل التوكيل فيدل عليه صحيح سعيد الأعرج عن الصّادق (عليه السلام) «فی رجل يجعل أمر امرأته إلی رجل فقال: أشهدوا أنّی قد جعلت أمر فلانه إلی فلان فيطلّقها أ يجوز ذلک للرّجل؟ قال: نعم»(۱) و غيره من الاخبار و هی مستفيضه.

و اما خبر زراره عن الصّادق (عليه السلام): «لا تجوز الوكاله فی الطّلاق»(۲) فمضافا الی ضعفه سندا لم يعرف القول به عدا ما نقله الكلينی حيث قال: قال الحسن بن سماعه و بهذا الحديث نأخذ(۳) واما حمل الشيخ للخبر علی حضور الزّوج وما تقدم علی غيبته(۴) فتبرعی ولا شاهد له.

و فی صحيح محمّد بن عيسی اليقطينیّ قال: «بعث إلیّ أبو الحسن الرّضا (عليه السلام) رزم ثياب و غلمانا و حجّه لی و حجّه لأخی موسی بن عبيد- إلی- و أمر بدفع ثلاثمائه دينار إلی رحم امرأه كانت له و أمرنی أن أطلّقها عنه و أمتّعها بهذا المال،

ص:۵۱۳

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۲۹ح۲

۲- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۳۰ح۶

۳- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۳۰

۴- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۴۰

و أمرنی أن أشهد علی طلاقها صفوان بن یحیی و آخر نسی محمّد بن عیسی اسمه»(۱).

و الی جواز التوکیل مطلقا ذهب الإسکافیّ فی إطلاقه و الحلیّ فی صریحه، و هو المفهوم من الصّدوق و کذا الکلینیّ علی ما عرفت.

و هل یجوز توکیل الزّوجه غیرها؟ لم یتعرض الاصحاب لهذا الفرع، و مقتضی العمومات جوازه اذا کانت وکالتها شامله لذلک .

نعم قال الشیخ فی الخلاف: «إذا قال: طلّقی نفسک ثلاثا فطلّقت واحده لم یقع, و الوجه عندی وقوع الواحده» و قال فیه أیضا: «لو قال لها: طلّقی نفسک واحده، فطلّقت ثلاثا وقعت عند الشّافعی واحده، و عند مالک لا یقع و هو مذهبنا».

و اما قوله فی المبسوط: «و إن أراد أن یجعل الأمر إلیها فعندنا لا یجوز علی الصحیح من المذهب» فمراده تخییر المرأه فی اختیار نفسها أو زوجها وتقدم الخلاف فیه.

الشرط الثامن: ان یکون الزواج دائما فلا یقع بالمتمتع بها بل تتحقق الفرقه بانتهاء المده او هبه المقدار المتبقّی منها کما قال المصنف:

(و یعتبر فی المطلّقه الزّوجیّه)

ص:۵۱۴

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۴۰ ح ۴۰

کما فی صحیح محمّد بن قیس، عن أبی جعفر (علیه السلام): سألته عن رجل قال: إن تزوّجت فلانه فهی طالق، و إن اشتریت فلانا فهو حرّ، و إن اشتریت هذا الثوب فهو للمساکین، فقال: لیس بشی ء لا یطلّق إلّا ما یملک، و لا یعتق إلّا ما یملک و لا یتصدّق إلّا بما یملک»(۱).

و موثق سماعه: «سألته عن الرّجل یقول: یوم أتزوّج فلانه فهی طالق فقال: لیس بشی ء إنّه لا یکون طلاق حتّی یملک عقده النکاح»(۲) وغیرهما.

کما و ان اختصاص مشروعیه الطلاق بالزوج من الضروریات التی لا تحتاج الی دلیل , بل ان القصور فی مقتضی التعمیم کاف وحده لإثبات الاختصاص.

و یشهد للاختصاص صحیح محمّد بن قیس، عن الباقر (علیه السلام) «أنّه قضی فی رجل تزوّج امرأه و أصدقته هی و اشترطت علیه أنّ بیدها الجماع و الطلاق؟ قال: خالفت السّنّه و ولیت حقّا لیست بأهله، فقضی أنّ علیه الصّداق و بیده الجماع و الطّلاق و ذلک السّنّه»(۳).

(و الدّوام)

ص:۵۱۵

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۶۳ح۵
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۶۳ح۲
۳- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۲۵

كما تقدم فى مباحث النكاح المنقطع كما فى صحيح إسماعيل بن الفضل الهاشمىّ، عن الصّادق (عليه السلام) فى خبر «فإذا انقضى الأجل بانت منه بغير طلاق- الخبر»(۱).

و فى صحيحه صفوان عن ابن مسكان و هما من اصحاب الاجماع عن الحسن الصيقل عن ابى عبد اللّه (عليه السلام) فى خبر: «و المتعه ليس فيها طلاق»(۲) كما و ان الصيقل وان لم يوثق صريحا الّا ان اعتماد الصدوق على كتابه بعنوان انه من الكتب التى اليها المرجع وعليها المعول قد يدل على وثاقه الرجل او على الاقل على موثوقيه كتابه.

و مضمونها ينفى امكان وجود سبب ثان لتحقق الفرقه- أثناء المده- و هو الطلاق و يؤيد ذلك روايه محمد بن مسلم عن ابى جعفر (عليه السلام): «المتعه ليست من الاربع لأنها لا تطلق و لا ترث و انما هى مستأجره»(۳).

الشرط التاسع: (و) هو ان تكون الزوجه فى حاله (الطهر من الحيض و النفاس)

و لم يواقعها فيه و ذلك للنصوص المستفيضه، كصحيحه زراره عن ابى جعفر (عليه السلام) فى حديث قال: «اما طلاق السنه فاذا اراد الرجل ان يطلق امرأته فلينتظر بها

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۵۱ح۶

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۳۴ح۲۲

۳- وسائل الشيعه ۱۴: ۴۹۵ الباب ۴۳ من أبواب المتعه الحديث ۱ ضعيفه بالقاسم بن عروه

حتی تطمث و تطهر فاذا خرجت من طمثها طلّقها تطليقه من غير جماع و يشهد شاهدين ...»(۱).

و صحيحه الفضلاء عن ابى جعفر و ابى عبد اللّه عليهما السّلام: «اذا طلّق الرجل فى دم النفاس او طلّقها بعد ما يمسها فليس طلاقه اياها بطلاق»(۲) و غيرهما.

بل قد يستفاد ذلك من قوله تعالى {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ}(۳) فان المقصود اذا أردتم طلاق النساء فطلقوهنّ لزمان عدتهن بحيث يأخذ زمان العده بالشروع من حين تحقق الطلاق، و ليس ذلك الّا بان يقع الطلاق فى طهر لا مواقعه فيه فان العده كما يأتى هى ثلاثه قروء بمعنى ثلاثه اطهار، فلو وقع الطلاق فى الحيض لم يمكن شروع العده- بالمعنى المذكور- من حين الطلاق كما هو واضح، و لو وقع فى طهر المواقعه لم يمكن ذلك أيضا لان المقصود من الاطهار الثلاثه هى الاطهار الخاليه من المواقعه، و معه فيحتاج إلى مرور ثلاثه اطهار جديده منفصله عن الطلاق.

(إذا كانت مدخولا بها حائلا)

ص:۵۱۷

۱- وسائل الشيعه ۱۵: ۲۸۰ الباب ۹ من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ۴

۲- وسائل الشيعه ۱۵: ۲۷۹ الباب ۹ من ابواب مقدمات الطلاق الحديث ۱

۳- الطلاق: ۱

للروايات المتعدده كصحيح محمد بن مسلم وزراره وغيرهما: «خمس يطلقهن أزواجهن متى شاءوا: الحامل المستبين حملها، و الجاريه التى لم تحض، و المرأه التى قعدت من المحيض، و الغائب عنها زوجها، و التى لم يدخل بها»(۱) ولا تخفى دلالتها على حكم الحامل المستبين حملها فيصح طلاقها و ان لم تكن على طهر او كانت فى طهر المواقعه تمسكا باطلاق الروايات المذكوره بل و للتصريح بالتعميم فيها بلفظ «متى شاءوا»، على انه قد يقال بان الطهر واقعا لو كان معتبرا يلزم عدم ثبوت الخصوصيه لعنوان غيبه المطلّق.

كما لا تخفى دلالتها على حكم غير المدخول بها و الصغيره و اليائس.

و اذا قيل: لم نحمل فقره «و الجاريه التى لم تحض» على خصوص الصغيره و لا نحملها على مطلق الجاريه التى لا تحيض و لو كانت فى سن من تحيض، كما هو المنسوب إلى شرح النافع(۲)؟ قلنا: ان الوارد فى الفقره المتقدمه: «و الجاريه التى لم تحض» لا- «و الجاريه التى لا- تحيض»، و التعبير المذكور ظاهر فى الجاريه التى لم يحن وقت حيضها , مضافا الى ان الوارد فى بعض روايات المسأله: «و التى لم تبلغ المحيض»(۳) و هو صريح فى المدعى.

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)ج ۸ ح ۷۰ باب أحكام الطلاق ۳ ص۲۵

۲- الحدائق الناضره ۲۵: ۱۷۹

۳- وسائل الشيعه ۱۵: ۳۰۶ الباب ۲۵ من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ۵

(حاضرا زوجها معها)

لنفس الروایات المتقدمه کصحیح محمد بن مسلم وزراره وغیرهما: «خمس یطلقهن أزواجهن متی شاءوا: الحامل المستبین حملها، و الجاریه التی لم تحض، و المرأه التی قعدت من المحیض، و الغائب عنها زوجها، و التی لم یدخل بها»(۱).

و قد اطلق الحکم بالغیبه علیّ بن بابویه: «و اعلم أنّ خمسا یطلّقن علی کلّ حال, و عدّها: الیائسه، و الّتی لم تبلغ المحیض، و غیر المدخوله، و الحامل، و الغائب عنها زوجها»، و مثله ابنه فی مقنعه و کذا أطلق العمانیّ و المفید و الدّیلمیّ و الحلبیّ فلم یذکروا لها حدّا.

و الباقون ذکروا لها حدّا و اختلفوا فقال الصّدوق فی فقیهه: «و إذا أراد الغائب أن یطلّق امرأته فحدّ غیبته الّتی إذا غابها کان له أن یطلّق متی شاء: أقصاه خمسه أشهر أو ستّه أشهر، و أوسطه ثلاثه أشهر، و أدناه شهر، ثمّ روی شاهدا له:

أوّلا: صحیح صفوان عن إسحاق بن عمّار: «قلت لأبی إبراهیم (علیه السلام): الغائب الذی یطلّق کم غیبته، قال: خمسه أشهر أو ستّه أشهر، قلت: حدّ فیه دون ذا؟ قال: ثلاثه أشهر»(۲).

ص:۵۱۹

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)ج ۸ ح ۷۰ باب أحکام الطلاق ۳ ص۲۵

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۵۰۳

و ثانیا: خبر محمّد بن أبی حمزه عن إسحاق بن عمّار، عن الصّادق (علیه السلام): «الغائب إذا أراد أن یطلّق امرأته ترکها شهرا» ولم یذکر سنده الیه لکن الاستبصار رواه بسند موثق(۱). وفیه: انه لم یذکر شاهدا للجمع بینهما فان صحیح جمیل یصرح بعدم کفایه الاقل من ثلاثه اشهر.

و أمّا الشیخ فی النهایه و القاضی فجمعا بین المطلقات و المقیّدات بأنّه إن کان خرج إلی السّفر و کانت زوجته فی طهر غیر المواقعه طلّقها أیّ وقت کان، و إن کانت فی طهر المواقعه لا یطلّقها حتّی یمضی ما بین شهر إلی ثلاثه أشهر.

و قال فی الاستبصار بعد نقل الاخبار المطلقه: «هذه الأخبار مطلقه و ینبغی تقییدها». ثمّ روی صحیح إسحاق بن عمّار وموثقه المتقدّمین وصحیح جمیل بن درّاج، عن الصّادق (علیه السلام): «الرّجل إذا خرج من منزله إلی السّفر فلیس له أن یطلّق حتّی تمضی ثلاثه أشهر»(۲) و قال فی الجمع بین المقیّدات: «الحکم یختلف باختلاف عاده النّساء فی الحیض فمن علم حال امرأته أنّها تحیض فی کلّ شهر، یطلّق بعد الشهر و من یعلم أنّها لا تحیض إلّا کل ثلاثه أشهر أو خمسه، لا یطلّقها إلّا بعد مضیّ هذه المدّه فکان المراعی مضیّ حیضته و انتقالها إلی طهر لم یقربها

۱- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۲۹۵ح۴

۲- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۲۹۵ح۵

بجماع، و ذلک یختلف علی ما قلناه». و بمثله جمع فی التهذیب(۱). و فیه: ان جمع تبرعی لا شاهد له.

و قال الإسکافیّ: «و الغائب لا یطلّق حتّی یعلم أنّ المرأه بریئه من الحمل أو هی حامل» و قال: «و ینتظر الغائب بزوجته من أخر جماع أوقعه ثلاثه أشهر إذا کانت ممّن تحمل».

و أمّا الکافی فاعتمد علی موثق اسحاق المتضمن للشهر الواحد و لم یرو غیره, نعم روی صحیح بکیر قال: «أشهد علی أبی جعفر (علیه السلام) أنّی سمعته یقول: الغائب یطلّق بالأهله و الشهود»(۲) و صحیح الثمالی «الغائب یطلّق بالأهله و الشهور»(۳)وفی نسخه «الشهود» و صحیح عبد الرحمن بن الحجاج: «سألت ابا الحسن (علیه السلام) عن رجل تزوج امرأه سرا من اهلها و هی فی منزل اهله و قد اراد ان یطلقها و لیس یصل الیها فیعلم طمثها اذا طمثت و لا یعلم بطهرها اذا طهرت فقال: هذا مثل الغائب عن اهله یطلّق بالاهله و الشهور, قلت: أرأیت إن کان یصل إلیها الأحیان و الأحیان لا یصل إلیها فیعلم حالها کیف یطلّقها فقال إذا مضی له شهر لا یصل إلیها فیه یُطلِّقها إذا نظر إلی غرَّه الشَّهر الاخر بشهود»(۴). ولا شک فی ظهورها من

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۶۳

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۷۹ح۱

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۶۴ح۱

۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۶ح۱

حيث مدّه الغيبه لا من حيث مدّه العدّه. و فيه دلاله على عدم التنافى بين قوله بالاهله و الشهور و بين مضى شهر واحد و لو بقرينه موثق اسحاق.

نعم التعارض باق بين موثق اسحاق و صحيح جميل و لا مرجح فى البين فيتساقطان و المرجع العام الفوقانى و هو صحيح ابن مسلم و زراره من صحه طلاق الغائب و لولاه فالمرجع اصاله العدم.

و الحاصل انه يستثنى من ان تكون الزوجه فى حاله طهر ما اذا كان المطلّق غائبا، فان الطلاق يقع صحيحا منه حتى مع اتضاح عدم طهرها حالته بشرطين:

١- عدم امكان معرفته لحالها و ذلك لاجل التمسك باطلاق الروايات المذكوره بل و للتصريح بالتعميم فيها بلفظ «متى شاءوا»، على انه قد يقال بان الطهر واقعا لو كان معتبرا يلزم عدم ثبوت الخصوصيه لعنوان غيبه المطلّق.

٢- و مضى فتره يعلم بحسب عادتها انتقالها من طهر الى آخر بعد عدم ثبوت الشهر او الاشهر الثلاثه و ذلك لانه لا يحتمل اعتبار عنوان الغيبه بنحو الموضوعيه و لا يحتمل ان مجرد غيبه الزوج فى الساعات الاولى كاف لجواز الطلاق حتى مع امكان تحصيل العلم بسهوله او فرض العلم ببقاء طهر المواقعه او كونها فى حاله حيض او نفاس.

ص:٥٢٢

هذا و فی حکم الغائب الحاضر من لا یمکنه معرفه حال زوجته کالمسجون لنفس الدلیل المتقدم انفا من عدم الموضوعیه لغیبه المطلّق بل الخصوصیه لعدم امکان معرفه حال الزوجه الملازم عاده للغیبه و علیه فیسری حکم الغیبه إلی الحضور الذی هو بمنزلتها.

و مما یدل علی ذلک أیضا صحیحه عبد الرحمن بن الحجاج: «سألت ابا الحسن (علیه السلام) عن رجل تزوج امرأه سرا من اهلها و هی فی منزل اهله و قد اراد ان یطلقها و لیس یصل الیها فیعلم طمثها اذا طمثت و لا یعلم بطهرها اذا طهرت فقال: هذا مثل الغائب عن اهله یطلّق بالاهله و الشهور...»(۱).

و یبقی حکم المسترابه و هی من کانت فی سن من تحیض و لا تحیض لخلقه او لعارض اتفاقی من رضاع أو مرض طارئ و ما شاکل ذلک, فانه یجوز طلاقها و ان کان ذلک فی طهر المجامعه بشرط مضی ثلاثه اشهر علی المواقعه الاخیره, بلا خلاف لأحد فی ذلک و یدل علیه صحیح اسماعیل بن سعد الاشعری: «سألت الرضا (علیه السلام) عن المسترابه من المحیض کیف تطلّق؟ قال: تطلق بالشهور»(۲).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۶ح۱

۲- وسائل الشیعه ۱۵: ۴۱۴ الباب ۴ من أبواب مقدمات الطلاق الحدیث ۱۷

و اذا كـان فی المراد مـن كلمـه «الشـهور» اجمـال لعـدم تشـخص عـدد الاشـهر فيمكـن مـن خلاـل مراجعه روايـات عـده المرأه المسترابه(۱) تحصیل الاطمئنان باراده ثلاثه أشهر.

و يؤيده ما فی مرسله داود بن ابی یزید العطار عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «سألته عن المرأه یستراب بها و مثلها تحمل و مثلها لاـ تحمـل و لاـ تحیض و قـد واقعها زوجها كیف یطلقها اذا اراد طلاقها؟ قال: لیمسک عنها ثلاثه أشـهر ثم یطلقها»(۲) التصریح بذلک.

هـذا و الاقوی ان كلمه «الشـهور» جمع یصـدق علی الثلاثه، و اراده الاقل غیر محتمله، و اراده ما زاد تحتاج الی دلیل، و مقتضـی الاطلاق الاكتفاء بالثلاثه.

الشرط العاشر: (و) هو (التعیین)

كمـا اختـاره المرتضـی و الشّـیخان، واسـتدل للتعیین بـانه مع عـدم التعیین امـا ان یقع الطلاـق بالواحـده المردده من الزوجات او بالواحـده بنحو الكلی فی المعین , و كلاهما لا یمكن المصـیر الیه, اما الاول فلعدم معقولیه الفرد المردد, و اما الثانی فلان ثبوت الطلاـق للواحـده الكلیه و ان كـان امرا ممكنـا- كتعلق الـبیع بكیلو مثلاـ كلی من صبره معینه- غـایته تعیّن تلـک الواحـده الكلیه بواسطه القرعه الّا ان ذلک

۱- وسائل الشیعه ۱۵: ۴۱۰ الباب ۴ من أبواب العدد

۲- وسائل الشیعه ۱۵: ۳۳۵ الباب ۴۰ من أبواب مقدمات الطلاق الحدیث ۱

یحتاج الی دلیل یدل علیه، و لا دلیل یدل علی صحه طلاق الواحده الکلیه مع تعیینها بالقرعه.

و تؤید اعتبار التعیین روایه محمد بن احمد بن مطهر: «کتبت إلی ابی الحسن صاحب العسکر (علیه السلام) انی تزوجت اربع نسوه و لم اسأل عن اسمائهن ثم انی اردت طلاق احداهن و تزویج امرأه اخری فکتب (علیه السلام) انظر الی علامه ان کانت بواحده منهن فتقول: اشهدوا ان فلانه التی بها علامه کذا و کذا هی طالق ثم تزوّج الاخری اذا انقضت العدّه»(۱).

و للشیخ قول فی المبسوط من وقوع الطلاق صحیحا مع عدم التعیین و اختاره القاضی و المحقق و العلامه لوجهین: اصاله عدم الاشتراط، و عموم مشروعیه الطلاق(۲).

و فیه: ما لا یخفی , اما بالنسبه الی الاصل المذکور فلانه لا اساس له ان لم یرجع الی التمسک بالعموم الذی هو الوجه الثانی , و اما العموم فهو غیر مستفاد من النصوص.

و أمّا ما فی صحیح حمّاد بن عثمان «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): ما تقول فی رجل له أربع نسوه طلّق واحده منهنّ و هو غائب عنهنّ متی یجوز له أن یتزوّج؟ قال: بعد

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۴۰۰ الباب ۳ من أبواب ما یحرم باستیفاء العدد الحدیث ۳

۲- الحدائق الناضره ۲۵: ۱۸۱

تسعه أشهر و فیها فساد الحیض و الحمل»(۱) فأعمّ بل الظاهر منه أنّه طلّق واحده معیّنه و لم یذکر فیه ذلک لعدم ارتباطه بأصل المقصد.

الشرط الحادی عشر: اشهاد رجلین عادلین, و لا یلزم ان یعرفا المطلقه بنحو یصح منهما الشهاده علیها.

اما اعتبار الاشهاد فی الطلاق فهو من شعار الامامیه, و یدل علی ذلک قوله تعالی: {یا أَیُّهَا النَّبِیُّ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَ أَحْصُوا الْعِدَّهَ ...* فَإِذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِکُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُم}(۲).

و احتمال رجوع الامر بالاشهاد الی الامساک و الرجعه بعید لتخلل الفاصل المانع من ذلک.

و الروایات فی المسأله کثیره کادت تبلغ حدّ التواتر، کصحیحه الفضلاء عن ابی جعفر و ابی عبد اللّه علیهما السّلام: «... و ان طلقها فی استقبال عدتها طاهرا من غیر جماع و لم یشهد علی ذلک رجلین عدلین فلیس طلاقه ایاها بطلاق»(۳) و غیرها.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۰ح۶

۲- الطلاق: ۱- ۲

۳- وسائل الشیعه ۱۵: ۲۸۲ الباب ۱۰ من أبواب مقدمات الطلاق الحدیث ۳

ثم انه ورد فی بعض الروایات ما یوهم بعدم اعتبار العداله فی الشاهدین، کما فی صحیحه عبد اللّه بن المغیره: «قلت لأبی الحسن الرضا (علیه السلام): رجل طلّق امرأته و اشهد شاهدین ناصبیین، قال: کل من ولد علی الفطره و عرف بالصلاح فی نفسه جازت شهادته»(۱) و علی منوالها صحیحه البزنطی(۲).

و فیهما: ان الامام (علیه السلام) لم یجز شهادتهما وانما اجاب بامر عام و هو کل من عرف بالصلاح قبلت شهادته و الناصبی لم یعرف بالصلاح و ای صلاح فی معاداه اهل البیت فالجواب لا یخلو من تقیه و الّا یلزم طرحهما لمخالفتهما لصریح القرآن الکریم.

و اما عدم اعتبار تشخیص المطلقه بنحو تصح الشهاده علیها فخالف فیه صاحب المدارک قائلا: «... فما اشتهر بین أهل زماننا من الاکتفاء بمجرد سماع العدلین صیغه الطلاق و ان لم یعلما المطلق و المطلقه بوجه بعید جدا بل الظاهر انه لا أصل له فی المذهب، فان النص و الفتوی متطابقان علی اعتبار الاشهاد. و مجرد سماع صیغه لا یعرف قائلها لا یسمی اشهادا قطعا»(۳).

ص:۵۲۷

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۴۷۸ الباب ۲۵ من أبواب المتعه الحدیث ۱

۲- جواهر الکلام ۳۲: ۲۸

۳- وسائل الشیعه ۱۴: ۴۹۵ الباب ۴۳ من أبواب المتعه الحدیث ۱

و فيه: انه لا دليل على اعتبار المعرفه التفصيليه بل الدليل على عدمه، و هو اطلاق أدله اعتبار الشهاده.

و دعوى عدم صدق الاشهاد بدون المعرفه التفصيليه مدفوعه بان الاشهاد بمرتبته العاليه و ان لم يكن صادقا و لكنه بمرتبه ما صادق، و هو كاف، لعدم الدليل على اعتبار الاكثر.

و يظهر من صاحب الجواهر عدم اعتبار المعرفه الاجماليه أيضا، فلو كان لشخص عده زوجات و قال: زوجتى طالق قاصدا لمعينه لا يعرفها الشاهدان كفى ذلك تمسكا باطلاق الادله(۱).

هذا و يمكن أن يضاف الى التمسك بالاطلاق النصوص الخاصه، كصحيحه صفوان عن ابى الحسن الرضا (عليه السلام): «سئل عن رجل طهرت امرأته من حيضها فقال: فلانه طالق و قوم يسمعون كلامه و لم يقل لهم اشهدوا أيقع الطلاق عليها؟ قال: نعم هذه شهاده»(۲) و صحيحه ابى بصير: «سألت ابا جعفر (عليه السلام) عن رجل تزوج أربع نسوه فى عقده واحده أو قال فى مجلس واحد و مهورهن مختلفه قال: جائز له و لهن. قلت:أ رأيت ان هو خرج الى بعض البلدان فطلّق واحده من الأربع و اشهد على طلاقها قوما من أهل تلك البلاد و هم لا يعرفون المرأه ثم تزوج امرأه

۱- جواهر الكلام ۳۲: ۱۰۶

۲- وسائل الشيعه ۱۵: ۳۰۲ الباب ۲۱ من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ۲

من أهل تلك البلاد بعد انقضاء عده المطلقه ثم مات بعد ما دخل بها كيف يقسّم ميراثه؟ قال: ان كان له ولد ...»(۱) و غيرهما.

حصيله البحث:

يجوز توكيل الزّوجه فی طلاق نفسها و غيرها، و يعتبر فی المطلّقه الزّوجيّه و الدّوام و التعيين و الطّهر من الحيض و النّفاس و لم يواقعها فيه إذا كانت مدخولًا بها حائلًا حاضراً زوجها معها، ويستثنی من ان تكون الزوجه فی حاله طهر ما اذا كان المطلّق غائبا، فان الطلاق يقع صحيحا منه حتی مع اتضاح عدم طهرها حالته بشرط عدم امكان معرفته لحالها و مضی فتره يعلم بحسب عادتها انتقالها من طهر الی آخر, و فی حكم الغائب الحاضر من لا يمكنه معرفه حال زوجته كالمسجون, و اما المسترابه و هی من كانت فی سن من تحيض و لا تحيض لخلقه او لعارض اتفاقی من رضاع أو مرض طارئ و ما شاكل ذلك, فانه يجوز طلاقها و ان كان ذلك فی طهر المجامعه بشرط مضی ثلاثه اشهر علی المواقعه الاخيره ويشترط فی الطلاق ايضا اشهاد رجلين عادلين, و لا يلزم ان يعرفا المطلقه بنحو يصح منهما الشهاده عليها.

۱- وسائل الشيعه ۱۵: ۳۰۳ الباب ۲۳ من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ۱

الفصل الثانی فی أقسامه

و هو اما حرام

(و هو اما حرام و هو طلاق الحائض إلّا مع المصحح له)

و هو أحد الأمور الثلاثه السابقه أعنی عدم الدخول أو الحمل أو الغیبه.

وأمّا الحائض فلا یصح طلاقها لما تقدم فی صحیحه زراره عن ابی جعفر (علیه السلام) فی حدیث قال: «اما طلاق السنه فاذا اراد الرجل ان یطلق امرأته فلینتظر بها حتی تطمث و تطهر فاذا خرجت من طمثها طلّقها تطلیقه من غیر جماع و یشهد شاهدین ...»(۱).

(و کذا) لا یصح طلاق (النفساء، و فی طهر واقعها فیه)

و هی غیر صغیره و لا یائسه و لا حامل , و ذلک لصحیحه الفضلاء عن ابی جعفر و ابی عبد اللّه علیهما السّلام: «اذا طلّق الرجل فی دم النفاس او طلّقها بعد ما یمسها فلیس طلاقه ایاها بطلاق»(۲) و غیرها.

(و الثلاث من غیر رجعه)

۱- وسائل الشیعه ۱۵: ۲۸۰ الباب ۹ من أبواب مقدمات الطلاق الحدیث ۴

۲- وسائل الشیعه ۱۵: ۲۷۹ الباب ۹ من ابواب مقدمات الطلاق الحدیث ۱

من الطلاـق المحرم لاـن ترتيب الاـثر على مـا ليس بمؤثر تشـريع محرم ويـدل على الحرمه مـا فى صـحيح بكير، عن البـاقر (عليه السـلام): «إذا طلّـق الرّجـل امرأتـه و أشـهد شاهـدين عـدلين فى قبـل عـدّتها فليس لـه أن يطلّقهـا حـتّى تنقضـى عـدّتها إلّا أن يراجعها»(۱).

و معتبر زراره، عن أحدهما عليهما السّـلام «فى رجل يطلّق امرأته تطليقه، ثمّ يدعها حتّى تمضـى ثلاثه أشهر إلّا يوما، ثمّ يراجعها فى مجلس ثمّ يطلّقهـا، ثمّ فعـل ذلـك فى آخر الثلاثه الأشـهر أيضا؟ قال: فقال:إذا أدخل الرّجعه اعتـدّت بالتّطليقه الأخيره، و إذا طلّق بغير رجعه لم يكن له طلاق»(۲).

و أمّـا خبر محمّـد بن مسـلم عن البـاقر (عليه السـلام): «سـألته عن رجـل طلّق امرأته تطليقه على طهر، ثمّ أمسـكها فى منزله حتّى حـاضت حيضتين و طهرت، ثمّ طلّقهـا تطليقه على طهر؟ قـال: هـذه إذا حـاضت ثلاـث حيض من يوم طلّقهـا التّطليقه الأولى فقد حلّت للرّجال و لكن كيف أصنع أو أقول هذا و فى كتاب علىّ بن أبى طالب (عليه السلام): إنّ امرأه أتت النّبىّ (صلى الله عليه و آلـه) فقـالت: أفتنى فى نفسـى، فقـال لهـا: فى مـا أفتيـك؟ قـالت: إنّ زوجى طلّقنى و أنـا طـاهر ثـمّ أمسـكنى لاـ يمسّـنى إلّا أنّه يستخدمنى و يرى شعرى و نحرى و جسدى حتّى إذا طمثت و طهرت الثّالثه طلّقنى التطليقه الثالثه، قال: فقال لها (صلى الله عليه و آله): أيّتها المرأه لا تزوّجى حتّى تحيضى ثلاث حيضات مستأنفات

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۷۴ح۳

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۷۵ح۱

فإنّ الثلاث حيض الّتى حضنها و أنت فى منزله إنّما حضتها و أنت فى حباله»[(۱)] فاول ما فيه انه مرسل لان روايه محمّد بن الحسين بن ابى الخطاب وهو من الطبقه السابعه عن محمّد بن مسلم وهو من الطبقه الرابعه غريبه جدا هذا من جهه السند واما متنه فقال الشيخ فيه: «ما تضمّنه صدر الخبر محمول على أنّه طلّقها بغير مراجعه و ما حكاه فى آخر الخبر ممّا وجده فى كتاب علىّ (عليه السلام) إمّا يحمل على أنّه راجع ثمّ طلّق، و إمّا على التّقيّه لأنّ فى الفقهاء من يجوّز الثلاث كلّ واحده عند كلّ حيضه و إن لم يراجع» .

قلت: الوجه الأوّل غير صحيح بعد تضمّن الخبر مخالفه الصّدر و الذّيل و لو كانا غير منافيين لما قال: «و لكن كيف أصنع أو أقول هذا و فى كتاب علىّ (عليه السلام) - إلخ» واما الوجه الثانى وهو الحمل على التقيه فهو الصحيح وكلام الامام (عليه السلام) ظاهر فيه.

(و كله) أى الطلاق المحرم بجميع أقسامه (لا يقع) بل يبطل (لكن يقع فى) الطلقات (الثلاث) من غير رجعه (واحده) و هى الأولى أو الثانيه على تقدير وقوع خلل فى الأولى أو الثالثه على تقدير فساد الأولين.

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۸۱ح۱۹۷

و اما مکروه

(و اما مکروه و هو الطلاق مع التیام الأخلاق)

أی أخلاق الزوجین کما استفاضت بذلک الاخبار ففی صحیح ابن أبی عمیر، عن غیر واحد، عن الصّادق (علیه السلام) ما من شی ء ممّا أحلّه اللّه عزّ و جلّ أبغض إلیه من الطّلاق و أنّ اللّه یبغض المطلاق الذّوّاق»(۱).

و فی معتبر طلحه بن زید عنه (علیه السلام): سمعت أبی (علیه السلام) یقول: إنّ اللّه عزّ و جلّ یبغض کلّ مطلاق ذوّاق»(۲).

و إما واجب

(و امّا واجب و هو طلاق المولی و المظاهر)

فإنه یجب علیه أحد الأمرین الفئه أو الطلاق کما سیأتی فکل واحد منها یوصف بالوجوب التخییری.

اما الاول فقال تعالی {لِلَّذِینَ یُؤْلُونَ مِنْ نِسائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَهِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فاؤُ فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَحِیمٌ وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلاقَ فَإِنَّ اللّهَ سَمِیعٌ عَلِیم}.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۵۴ح۲

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۵۵ح۴

و اما الثانی فقال جل و علا {والَّذِینَ یُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ یَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِیرُ رَقَبَهٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ یَتَمَاسَّا ذَلِکُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَ اللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِیرٌ. فَمَنْ لَمْ یَجِدْ فَصِیَامُ شَهْرَیْنِ مُتَتَابِعَیْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ یَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ یَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّینَ مِسْکِیناً ذَلِکَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَ رَسُولِهِ وَ تِلْکَ حُدُودُ اللَّهِ وَ لِلْکَافِرِینَ عَذَابٌ أَلِیمٌ}(۱) لأنّه لا یجوز أن لا یفیی ء و لا یطلّق، و لا یکفّر و لا یطلّق فالواجب أحدهما.

و إما سنه

(و امّا سنّه و هو الطلاق مع الشقاق) بینهما (و عدم رجاء الاجتماع) و الوفاق و کذا المؤذیه زوجها و مسیئه الخلق ففی معتبر محمّد بن حمّاد الحارثیّ، عن الصّادق (علیه السلام) عن النّبیّ (صلی الله علیه و آله) خمس لا یستجاب لهم: رجل جعل بیده طلاق امرأته و هی تؤذیه و عنده ما یعطیها و لم یخل سبیلها- الخبر»(۲).

وفی خبر خطّاب بن سلمه قال: «دخلت علیه, یعنی أبا الحسن موسی (علیه السلام) و أنا أرید أن أشکو إلیه ما ألقی من امرأتی من سوء خلقها، فابتدأنی فقال:إنّ أبی کان

۱- المجادله: ۴

۲- الخصال، ج ۱، ص: ۲۹۹ح ۷۱

زوّجنی بامرأه سیّئه الخلق فشکوت ذلک إلیه فقال لی: ما یمنعک من فراقها قد جعل اللّه ذلک إلیک، فقلت فی ما بینی و بین نفسی. قد فرّجت عنّی»(۱).

(و الخوف من الوقوع فی المعصیه)

لا شاهد له بالخصوص لکن لو علم بالوقوع فی الحرام وجب لان مقدمه الواجب واجبه عقلا تخلصا عن الوقوع فی الحرام.

حصیله البحث:

و الطلاق إمّا حرامٌ و هو طلاق الحائض إلّا مع المصحّح له و هو أحد الأمور الثلاثه أعنی عدم الدخول أو الحمل أو الغیبه, و کذا النّفساء و فی طهرٍ جامعها فیه و هی غیر صغیره و لا یائسه و لا حامل, و الثّلاث من غیر رجعهٍ و کلّه لا یقع لکن یقع فی الثّلاث واحده. و إمّا مکروهٌ و هو الطّلاق مع التئام الأخلاق, و إمّا واجبٌ و هو طلاق المولی و المظاهر. و إمّا سنّهٌ و هو الطّلاق مع الشّقاق و عدم رجاء الاجتماع و کذا المؤذیه زوجها و مسیئه الخلق و اما الطلاق لاجل ان لا یقع فی المعصیه فواجب من باب المقدمه.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۵۵ح۳

و يطلق الطلاق السّنّی علی کلّ طلاق جائز شرعا

(و یطلق الطلاق السّنّی) المنسوب إلی السنه الشریفه (علی کلّ طلاق جائز شرعا)

و المراد به الجائز بالمعنی الأعم کما تقدم فی صحیحه زراره عن ابی جعفر (علیه السلام) فی حدیث قال: «اما طلاق السنه فاذا اراد الرجل ان یطلق امرأته فلینتظر بها حتی تطمث و تطهر فاذا خرجت من طمثها طلّقها تطلیقه من غیر جماع و یشهد شاهدین ...»(1) و صحیحه الفضلاء عن ابی جعفر و ابی عبد اللّه علیهما السّلام: «اذا طلّق الرجل فی دم النفاس او طلّقها بعد ما یمسها فلیس طلاقه ایاها بطلاق»(2) و غیرهما.

(و هو ما قابل الحرام)

و یقال له طلاق السنه بالمعنی الأعم و یقابله البدعی و هو الحرام و یطلق السنی علی معنی أخص من الأول و هو أن یطلق علی الشرائط ثم یترکها حتی تخرج من العده و یعقد علیها ثانیا و یقال له طلاق السنه بالمعنی الأخص و سیأتی ما یختلف من حکمهما.

۱- وسائل الشیعه ۱۵: ۲۸۰ الباب ۹ من أبواب مقدمات الطلاق الحدیث ۴

۲- وسائل الشیعه ۱۵: ۲۷۹ الباب ۹ من ابواب مقدمات الطلاق الحدیث ۱

و هو ثلاثه

(و هو) أی الطلاق السنی بالمعنی الأعم (ثلاثه) اقسام:

الاول: (بائن) لا یمکن للمطلق الرجوع فیه ابتداء.

(و هو سته)۱- (طلاق غیر المدخول بها) ۲- (و الیائسه) من الحیض۳- (و الصغیره) إذ لا عده لهذه الثلاث و لا رجوع إلّا فی عده.

و یدل علی کون طلاق غیر المدخول بها و الیائسه و الصغیره بائن االنصوص المستفیضه کما فی معتبر أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام):«سألته عن الرّجل إذا طلّق امرأته و لم یدخل بها، فقال: قد بانت منه و تزوّج إن شاءت من ساعتها»(۱).

و صحیح جمیل وهو من اصحاب الاجماع عن بعض أصحابنا، عن أحدهما علیهما السّلام «فی الرّجل یطلّق الصبیّه الّتی لم تبلغ و لا تحمل مثلها و قد کان دخل بها، و المرأه الّتی قد یئست من المحیض و ارتفع حیضها و لا تلد مثلها، قال: لیس علیهما عدّه و إن دخل بهما»(۲).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۳ح۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۵ح۱

و خبر عبد الرّحمن بن الحجّاج، عن الصّادق (علیه السلام): «ثلاث یتزوّجن علی کلّ حال الّتی لم تحض و مثلها لا تحیض، قلت: و ما حـدّها؟ قال: إذا أتی لها أقلّ من تسع سـنین، و الّتی لم یـدخل بها، و الّتی قد یئست من المحیض، قلت و ما حدّها؟ قال: إذا کان لها خمسون سنه»(۱) وغیرها.

و امـا روایه أبی بصـیر قـال: «عِـدَّهُ الَّتی لم تبلغ المحیض ثلاـثه أشـهر و الَّتی قـد قعـدت من المحیض ثلاـثه أشـهر»(۲) فقد نسبه الکلینی الی الروایه ولم یُسنده ابو بصیر الی المعصوم مضافا الی اعراض الاصحاب عنه وعملهم بمـا تقـدم لکن قـال الکلینی: «وکـان ابن سـماعه یأخـذُ بها و یقول إنَّ ذلک فی الإماء لا یُستَبرأن إذا لم یَکُنَّ بَلَغنَ المحیض فأمَّا الحرَائِرُ فحکمهنَّ فی القرآن یقولُ اللَّهُ عزَّ وجـلَّ {واللَّائِی یَئِسْنَ مِن المَحِیضِ مِنْ نِسائِکُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِـدَّتُهُنَّ ثَلاثَهُ أَشْـهُرٍ وَ اللَّائِی لَمْ یَحِضْن} وکان معاویه بن حکیم یقول لیس علیهنَّ عدَّهٌ و ما احتجَّ به ابن سماعه فإنَّما قال اللَّه عزَّ و جلَّ {إن ارْتَبْتُم} وإنَّما ذلکإذا وقعت الریبه بأن قد یئسن أو لم یئسن فأمَّا إذا جازت الحدَّ و ارتفع الشَّک بأنَّها قد یئست أو لم تکن الجاریه بَلَغَت الحدَّ فلیسَ عَلیهنَّ عدَّه.

۴- (و) طلاق (المختلعه) ۵- (و المبارأه)

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۵ح۴
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۶ح۶

و تدل علیه صحیحه محمد بن مسلم عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «الخلع و المباراه تطلیقه بائن و هو خاطب من الخطاب»(۱).

(ما لم یرجعا فی البذل)

لانه مع رجوعهما یحق للزوج الرجوع أیضا، کما تدل علیه صحیحه البقباق عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «المختلعه انرجعت فی شی ء من الصلح یقول لارجعن فی بضعک»(۲)وصحیح عبد الله بن سنان«لا علی المُبارئه إلّا أن یبدو للمرأه فیردُّ علیها ما أخذ منها»(۳).

۶- (و المطلقه ثلاثه بعد رجعتین) قال تعالی {الطَّلاقُ مَرَّتانِ- إلی- فَإِنْ طَلَّقَها فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتّی تَنْکِحَ زَوْجاً غَیْرَه}.

و من البائن ایضا طلاق الحاکم فان للحاکم ان یطلق زوجه الممتنع من الانفاق و یکون الطلاق بائنا و ذلک لان النصوص و ان لم تدل علی ذلک بل دلت علی ثبوت الولایه فی الطلاق، کما فی صحیحه ابی بصیر: «سمعت ابا جعفر (علیه السلام) یقول: من کانت عنده امرأه فلم یکسها ما یواری عورتها و یطعم ما یقیم صلبها

۱- وسائل الشیعه ۱۵: ۴۱۷ الباب ۸ من أبواب العدد الحدیث ۱

۲- وسائل الشیعه ۱۵: ۴۹۹ الباب ۷ من أبواب الخلع و المباراه الحدیث ۳

۳- وسائل الشیعه ۱۵: ۴۹۹ الباب ۷ من أبواب الخلع و المباراه الحدیث ۴

كـان حقـا على الامام ان يفرّق بينهما»(۱) و غيرهـا، فـانه هو المفهوم من النص عرفـا و الّـا يلزم نقض الغرض و عـدم الفائـده فى طلاق الحاكم.

(و) الثاني: (رجعى و هو ما للمطلق فيه الرجعه) سواء (رجع أو لا)

(و) الثالث: (طلاق العده) قلت: جعله قسيم الرّجعى غير صحيح و كان على المصنف أن يجعل الطّلاق قسمين باينا لا رجعه فيه و رجعيّا فيه الرّجعه، ثمّ يقسم الطّلاق الرّجعيّ إلى عدّى و سنّى بالمعنى الأخصّ.

(و هو أن يطلق على الشرائط ثم يرجع فى العده و يطأ، ثم يطلق فى طهر آخر و هذه) أعنى المطلقه للعده (تحرم فى التاسعه أبدا)

إذا كانت حره و قد تقدم أنها تحرم فى كل ثالثه حتى تنكح زوجا غيره بلا فرق بين كون طلاقها للعده ام للسـنه بخلاف المطلّقه تسعا فانها لا تحرم الا اذا كان الطلاق للعده عند المصنف وقد تقدم ان الاقوى حرمتها بالطلاق التاسع ولو كان للسنه.

(و ما عـداه) من أقسام الطلاق الصـحيح و هو ما إذا رجع فيها و تجرد عن الوطء أو بعـدها بعقد جديد و إن وطئ (تحرم فى كل ثالثه للحره ,و فى كل ثانيه للأمه) كما تقدم.

ص:۵۴۰

۱- وسائل الشيعه ۱۵: ۲۲۳ الباب ۱ من أبواب النفقات الحديث ۲

و لا یخفی ما فی عباره المصنف من قوله: «و ما عداه» من اشکال و ذلک لانه یتوهم منه ان طلاق العدّه لا یوجب التحریم و هو غیر صحیح بل لم یقل به احد .

حصیله البحث:

یطلق الطّلاق السّنّیّ علی کلّ طلاقٍ جائزٍ شرعاً و هو ما قابل الحرام و هو ثلاثهٌ: بائنٌ و هو ستّهٌ: طلاق غیر المدخول بها، و الیائسه، و الصّغیره إذ لا عده لهذه الثلاث و لا رجوع إلّا فی عده، و المختلعه، و المبارأه ما لم یرجعا فی البذل، و المطلّقه ثالثهً بعد رجعتین, و من البائن ایضا طلاق الحاکم فان للحاکم ان یطلق زوجه الممتنع من الانفاق .

و الثانی: رجعی و هو ما للمطلق فیه الرجعه سواء رجع أو لا .

و الثالث: طلاق العدّه و هو أن یطلّق علی الشّرائط ثمّ یرجع فی العدّه و یطأ ثمّ یطلّق فی طهرٍ آخر و هذه تحرم فی التّاسعه أبدا و ما عداه و هو ما إذا رجع فیها و تجرد عن الوطء أو بعدها بعقد جدید و إن وطئ تحرم فی کلّ ثالثهٍ للحرّه. و فی کلّ ثانیهٍ للأمه .

ص:۵۴۱

و الأفضل فی الطلاق أن یطلق علی الشرائط المعتبره، ثم یترکها

(و الأفضل) عند المصنف (فی الطلاق أن یطلق علی الشرائط) المعتبره فی صحته (ثم یترکها حتّی یخرج من العدّه ثم یتزوّجها ان شاء و علی هذا) و هذا هو طلاق السنه بالمعنی الأخص و لا تحرم المطلقه به مؤبدا أبدا عند المصنف و الاقوی انه موجب للتحریم ایضا .

و یستدل للافضلیه بصحیح زراره، عن الباقر (علیه السلام) قال: «کلّ طلاق لا یکون علی السّنّه أو طلاق علی العدّه فلیس بشی ء, قال زراره فقلت لأبی جعفر (علیه السلام): فسّر لی طلاق السّنّه و طلاق العدّه، فقال: أمّا طلاق السّنّه فإذا أراد الرّجل أن یطلّق امرأته فلینتظر بها حتّی تطمث و تطهر، فإذا خرجت من طمثها طلّقها تطلیقه من غیر جماع و یشهد شاهدین علی ذلک، ثمّ یدعها حتّی تطمث طمثتین فتنقضی عدّتها بثلاث حیض و قد بانت منه و یکون خاطبا من الخطّاب إن شاءت تزوّجته و إن شاءت لم تتزوّجه و علیه نفقتها و السکنی ما دامت فی عدّتها وهما یتوارثان حتّی تنقضی العدّه، قال: و أمّا طلاق العدّه الذی قال اللّه عزّ و جلّ: {فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَ أَحْصُوا الْعِدَّه} فإذا أراد الرّجل منکم أن یطلّق امرأته طلاق العدّه فلینتظر بها حتّی تحیض و تخرج من حیضها، ثمّ یطلّقها تطلیقه من غیر جماع و یشهد شاهدین عدلین و یراجعها من یومه ذلک إن أحبّ أو بعد ذلک بأیّام قبل أن تحیض و یشهد علی رجعتها و یواقعها حتّی تحیض فإذا حاضت و خرجت من حیضها طلّقها

ص:۵۴۲

تطليقه أخرى من غير جماع و يشهد على ذلك ثمّ يراجعها أيضا متى شاء قبل أن تحيض و يشهد على رجعتها و يواقعها و تكون معه إلى أن تحيض الحيضه الثالثه فإذا خرجت من حيضتها الثالثه طلّقها التطليقه الثالثه بغير جماع و يشهد على ذلك فإذا فعل ذلك فقد بانت منه و لا تحلّ له حتّى تنكح زوجا غيره، قيل له: فإن كانت ممّن لا تحيض؟ قال: مثل هذا تطلّق طلاق السّنّه»(۱).

و فيه: انه لا دلاله فيه على أفضليّه السّنّه، و غايه ما فيه أنّ الطّلاق المشروع قسمان.

هذا و اشكل فی النجعه على الصحيح بإشكالات كلها مردوده و هی:

ألاول: فی قوله «حتّى تطمث طمثتين فتنقضى عدّتها بثلاث حيض» فلا يصحّ لفظه و لا معناه و الصّواب أن يكون «حتّى تطمث طمثتين فإذا دخلت فی الثالثه انقضت عدّتها بثلاثه أطهار». وفيه: ان المراد منه واضح ولو بقرينه باقی الاخبار فالمراد من قوله «فتنقضى عدّتها بثلاث حيض»الدخول فی الحيضه الثالثه.

الثانی: فی قوله: «و أمّا طلاق العدّه الذی قال اللّه- إلخ» فكيف يمكن أن يكون طلاق السّنّه على خلاف طلاق عدّه ذكره اللّه تعالى، فكلّ ما خالف القرآن زخرف يضرب به الجدار، و إنّما السّنّه تفصيل ما أجمل فی الكتاب لا على خلافه... وفيه: انه لا دلاله فيه على كون طلاق السّنّه على خلاف القران فهو غير طلاق العده لكنه لا يخالف القران.

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۶۵ح۲

الثالث: فی قوله فیه مرّتین: «و یشهد علی رجعتها» فالمفهوم منه وجوب الإشهاد علی الرّجعه مع أنّه لیس بواجب. وفیه: انه لو ثبت عدم وجوبه بای دلیل کان فهو قرینه علی استحبابه.

الرّابع: فی قوله «و تحیض الحیضه الثالثه» فلا یشترط فی طلاقها الثانی مضیّ ثلاث حیضات بل یکفی طهرها بحیضه واحده. وفیه: ان المراد من الحیضه الثالثه هی الحیضه التی سبقتها حیضتان اولاهما قبل الطلاق الاول وثانیهما قبل الطلاق الثانی فلا ربط له بما قال.

الخامس قوله: «مثل هذا تطلّق طلاق السّنّه» فطلاق السّنّه أیضا ذکر طمثها کالعدّه فکیف خصّ من لا تحیض بطلاق السّنّه. وفیه: انه لایتحقق طلاق العده فی من لا تحیض کما هو واضح.

السادس: فی قوله (أوّلا: و یراجعها- إلی- قبل أن تحیض. و ثانیا: ثمّ یراجعها أیضا متی شاء قبل أن تحیض) فهل الطهر شرط فی جواز الرّجوع إلی المرأه کما هو شرط فی الطّلاق؟. وفیه: ان المراد به تفسیر طلاق العده بان یرجع ویواقع و المواقعه غیر ممکنه فی ایام الحیض.

السابع: فی قوله: «و یواقعها حتّی تحیض- إلی- فإذا خرجت من حیضتها الثالثه» فهل یشترط فی الرّجوع بقاؤها عنده حیضه واحده فیکون الخروج من الحیضه الثالثه شرطا فی الطّلاق الثالث کما یکون الدّخول فی الحیضه الثالثه شرطا فی

انقضاء العدّه؟. و فیه: ان المراد به تفسیر طلاق العده کیف تحصل الطلقات الثلاث.

ثمّ قال: و ظاهره اختصاص الطلاق المحتاج إلی المحلّل بالعدّی . وفیه: انه من مفهوم اللقب ولا حجیه فیه.

و یستدل للافضلیه بموثق ابن بکیر عن زراره، عن الباقر (علیه السلام): «أحبّ للرّجل الفقیه إذا أراد أن یطلّق امرأته یطلّقها طلاق السّنّه. ثمّ قال: و هو الذی قال اللّه عزّ و جلّ {لَعَلَّ اللّهَ یُحْدِثُ بَعْدَ ذٰلِکَ أَمْراً} یعنی بعد الطلاق و انقضاء العدّه التزویج لها من قبل أن تزوّج زوجا غیره، قال: و ما أعدله و أوسعه لهما جمیعا أن یطلّقها علی طهر من غیر جماع تطلیقه بشهود ثمّ یدعها حتّی یخلو أجلها ثلاثه أشهر أو ثلاثه قروء، ثمّ یکون خاطبا من الخطّاب»(۱).

و فیه: انه لا وثوق به لاشتماله علی التعلیل بقوله «و هو الذی قال اللّه- إلخ» وهومقطوع البطلان فإنّ ظاهر الآیه أنّ قوله تعالی {لَعَلَّ اللّه} علّه لقوله جلّ و علا {لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُیُوتِهِنَّ وَ لَا یَخْرُجْنَ} بمعنی أن تبقی المرأه عنده فلعلّه یرجع إلیها فی العدّه.

ص:۵۴۵

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۶۵ح۳

مضافا الى الاشكال فى قوله: «و ما أعدله- إلخ» فانه أىّ عدل لهما أن يدع المرأه ثمّ يخطبها بعد العدّه؟ فليس ذلك عدلا للرّجل لأنّه يحتاج أن يخسر مهرا جديدا و لعلّه إذا رغب فيها لا تقبل، و ليس عدلا للمرأه أن تبقى مدّه بلا زوج فيعيّرها النّاس بذلك و حينئذ فأىّ محبوبيّه للفقيه أن يفعل ذلك.

و يستدل للافضليه بموثقه الاخر عن زراره، عن الباقر (عليه السلام): «الطّلاق الذى يحبّه اللّه و الذى يطلّق الفقيه و هو العدل بين المرأه و الرّجل أن يطلّقها فى استقبال الطهر بشهاده شاهدين و إراده من القلب، ثمّ يتركها حتّى يمضى ثلاثه قروء فإذا رأت الدّم فى أوّل قطره من الثالثه و هو آخر القروء- لأنّ الأقراء الأطهار- فقد بانت منه و هى أملك بنفسها فإن شاءت تزوّجت و حلّت له بلا زوج فإن فعل هذا بها مائه مرّه هدم ما قبله و حلّت بلا زوج و إن راجعها قبل أن تملك نفسها، ثمّ طلّقها ثلاث مرّات يراجعها و يطلّقها لم تحلّ له إلّا بزوج»(۱).

و فيه: انه قد تقدم الاشكال فيه وانه قد طعن فيه الشيخ بكون الرّاوى عن زراره ابن بكير الفطحىّ و قال: «قد قدّمنا من الأخبار ما تضمّن أنّه قال حين سئل عن هذه المسأله هذا ممّا رزق اللّه من الرّأى و لو كان سمع ذلك من زراره لكان يقول حين سأله الحسين بن هاشم و غيره عن ذلك و أنّه هل عندك فى ذلك شى ءٌ كان يقول نعم روايه زراره و لا يقول نعم روايه رفاعه حتّى قال له السّائل إنّ روايه رفاعه تتضمّن أنّه إذا كان بينهما زوجٌ فقال هو عند ذلك هذا ممّا رزق اللّه تعالى

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۳۵ح۲۶

من الرّأی فعدل عن قوله إنّ هذا فی روایه رفاعه إلی أن قال الزّوج و غیر الزّوج سواء عندی فلمّا ألحّ علیه السّائل قال هذا ممّا رزق اللّه من الرّأی و من هذه صورته فیجوز أن یکون أسند ذلک إلی روایه زراره نصرهً لمذهبه الّذی کان أفتی به و أنّه لمّا أن رأی أنّ أصحابه لا یقبلون ما یقوله برأیه أسنده إلی من رواه عن أبی جعفر (علیه السلام) ..»(۱) و علیه فلا وثوق فی الخبر کما و قد تضمّن عدم الأثر فی الطلاق إذا لم یراجع فی العدّه مع أنّه خلاف القرآن و یرد علیه أیضا قوله: «لأنّ الأقراء هی الأطهار» فإنّ القروء کما هو لفظ القرآن «الاطهار» لا «الأقراء» و هی الحیضات لقول النّبیّ (صلی الله علیه و آله) للمرأه «دعی الصّلاه أیّام أقرائک».

و بذلک یظهر انه لا دلیل علی ما قاله المصنّف من ان الأفضل فی الطلاق هو طلاق السنه.

(و قال بعض الأصحاب)

قیل: المراد به هو عبد الله بن بکیر استنادا الی دعوی الکشی من کونه احد من اجمعت العصابه علی تصحیح ما یصح عنه و تصدیقهم لما یقولون و أقروا لهم بالفقه(۲). و فیه: انه صرح الشیخ فی فهرسته انه: «فطحیّ المذهب إلّا أنّه ثقه» وقال فی العدّه: «إنّ الطائفه عملت بما رواه الشّیعه غیر الإمامیّه کابن بکیر و غیره فی ما

ص:۵۴۷

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۳۵ح۲۶

۲- رجال الکشی - مع تعلیقات میر داماد الأسترآبادی ج ۲، ص: ۶۷۳

لم يكن له معارض من أخبار الإماميّه و لا إعراض عن الطائفه» و عليه فهو ليس من اصحابنا.

و لعل مراد المصنّف عبد اللّه بن سنان لصحيحه الاتى و لا ريب فى كونه إماميّا من أصحابنا.

و على اى حال فقد افتى ابن بكير فى (ان هذا الطلاق لا يحتاج الى محلّل بعد الثلاث) بل استيفاء العده الثالثه يهدم التحريم و قد مر الجواب عن ما قال مفصلا.

و اما لو كان المراد ابن سنان فلما رواه صحيحا عن الصادق (عليه السلام) تاره(۱) و بدون اسناد إلى أحدهم عليهم السّلام اخرى و هو: قال: «إذا طلّق الرّجل امرأته فليطلّق على طهر بغير جماع بشهود، فإن تزوّجها بعد ذلك فهى عنده على ثلاث، و بطلت التطليقه الأولى، و إن طلّقها اثنتين ثمّ كفّ عنها حتّى تمضى الحيضه الثالثه بانت منه بثنتين و هو خاطب من الخطّاب، فإن تزوّجها بعد ذلك فهى عنده على ثلاث تطليقات و بطلت الاثنتان، فإن طلّقها ثلاث تطليقات على العدّه لم تحلّ له حتّى تنكح زوجا غيره»(۲).

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۳۱ح۱۰
۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۳۰ح۹

ففيه: مضافا لما تقدم من انه معارض بما تقدم و مخالف للكتاب انه متناقض و ذلك لان قوله «بانت منه بثنتين» دال على عدم الانهدام و هو مناقض لصدره و ذيله الدالين على انهدام طلاقه و عليه فلا عبره به .

(و الأصح احتياجه إليه) أی إلی المحلل.

حصيله البحث:

قيل: و الأفضل فی الطّلاق أن يطلّق علی الشّرائط ثمّ يتركها حتّی تخرج من العدّه ثمّ يتزوّجها إن شاء و علی هذا، قلت: لم تثبت افضليته و قيل: إنّ هذا الطّلاق لا يحتاج إلی محلّلٍ بعد الثّلاث، و الأصحّ احتياجه إليه.

و يجوز طلاق الحامل أزيد من مره

(و يجوز طلاق الحامل أزيد من مره)

مطلقا علی الأقوی لاطلاق الادله و لصحيح إسحاق بن عمّار «قلت لأبی إبراهيم (عليه السلام): الحامل يطلّقها زوجها ثمّ يراجعها، ثمّ يطلّقها الثالثه؟ فقال: تبين منه و لا تحلّ له حتّی تنكح زوجا غيره»(۱) الدال علی عدم الفرق بين الحامل و غيرها.

ص:۵۴۹

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۷۱ح۱۵۶

و مثله صحيحه الاخر «عن أبى الحسن الأوّل (عليه السلام): سألته عن الحبلى تطلّق الطّلاق الذى لا تحلّ له حتّى تنكح زوجا غيره، قال: نعم قلت: أ لست قلت لى: إذا جامع لم يكن له أن يطلّق؟ قال: إنّ الطلاق لا يكون إلّا فى طهر قد بان أو حمل قد بان، و هذه قد بان حملها»(۱).

و مثلهما موثق ابن بكير، عن بعضهم قال: «فى الرّجل تكون له المرأه الحامل و هو يريد أن يطلّقها؟ قال: إذا أراد الطلاق بعينه يطلّقها بشهاده الشّهود، فإن بدا له فى يومه أو من بعد ذلك أن يراجعها يريد الرّجعه بعينها فليراجع و يواقع، ثمّ يبدو له فيطلّق أيضا، ثمّ يبدو له فيراجع كما يراجع أوّلا، ثمّ يبدو له فيطلّق فهى الّتى لا تحلّ له حتّى تنكح زوجا غيره إذا كان إذا راجع يريد المواقعه و الإمساك و يواقع»(۲) و غيرها(۳).

اقول: و المسأله ذات اقوال:

الاول: قول الدّيلمىّ حيث انكر جواز طلاقها اكثر من مره فقال: «و البائن طلاق من لم يدخل بها و من لم يبلغ المحيض و اليائسه منه و الحامل المستبين حملها و إن دخل بها و معنى البائن أنّه متى طلّقها تملك نفسها و لا يجوز أن يراجعها إلّا

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۷۲ح۱۵۸

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸، ص: ۷۲ح ۱۶۰

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸، ص: ۷۲ح ۱۶۱

بعقد جدید» فتری جعله له کطلاق غیر المدخول بها و غیر البالغه و کطلاق الیائسه، و هو الظاهر من شیخه المفید فقال «و الحامل المستبین حملها تطلّق بواحده فی أیّ وقت شاء الإنسان» لکن کلامه أعمّ من عدم جواز الرّجوع إلیها، و الدّیلمی منع من جواز الرّجوع و هو متفرّد فی ذلک.

و یستدل علی عدم امکان طلاقها اکثر من مره بما فی موثق أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام): «الحبلی تطلّق تطلیقه واحده»(۱).

و صحیح زراره عن الباقر (علیه السلام) قال: «طلاق الحامل واحده فإذا وضعت ما فی بطنها فقد بانت منه»(۲).

و صحیح إسماعیل الجعفیّ، عن الباقر (علیه السلام): «طلاق الحبلی واحده فإذا وضعت ما فی بطنها فقد بانت»(۳).

و صحیح أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام): «طلاق الحبلی واحده و أجلها أن تضع حملها، و هو أقرب الأجلین»(۴) و غیرها و هی مستفیضه.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۱ح۱

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۵۰۹

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۱ح۴

۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۲ح۶

و فیه: ان هـذه النصوص سـاکته عن جواز مراجعتها و عـدم المراجعه و الظاهر انها ناظره الی ان طلاقها حین الحمل و الوضع یعد واحدا ولیست فی مقام بیان انه لا یمکنه طلاقها اکثر من مره و یکفی احتمال ذلک فلا ظهور لها بما یدعی.

الثانی: قول الإسـکافی فی الطلاق الثانی و الثالث باشتراط جماعها و مضیّ شهر فقال:«و الحبلی إذا طلّقها زوجها وقع الطلاق و له أن یرتجعهـا فإن أراد طلاقها ترکها شـهرا من حال جماعها فی الرّجعه. ثمّ طلّقها فإن ارتجعها الثانیه و أراد طلاقها طلّقها کـذلک فإذا ارتجعها، ثمّ طلّقها کذلک لم تحلّ له حتّی تنکح زوجا غیره» و یشهد له صحیح (بناء علی اتحاد یزید الکناسی مع ابی خالد القماط) یزید الکناسـیّ قال: «سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن طلاق الحبلی فقال: یطلّقها واحده للعدّه بالشّهود و الشّهور، قلت: فله أن یراجعهـا؟ قـال: نعم و هی امرأته، قلت: فإن راجعها و مسّـها ثمّ أراد أن یطلّقها تطلیقه أخری؟ قال: لا یطلّقها حتّی یمضـی لها بعد ما مسّها شهر، قلت: فإن طلّقها ثانیه و أشهد ثمّ راجعها و أشهد علی رجعتها و مسّها، ثمّ طلّقها التطلیقه الثالثه و أشهد علی طلاقها لکلّ عدّه شـهر [ا ظ] هل تبین منه کما تبین المطلّقه للعدّه الّتی لا تحلّ لزوجها حتّی تنکح زوجا غیره؟ قال: نعم قلت: فما عدّتها؟قال: عدّتها أن تضع ما فی بطنها، ثمّ قد حلّت للأزواج»(۱).

و فیه: انه مع غض النظر عن المعارض مما اعرض عنه الاصحاب ولم یعمل به الّا الاسکافی.

ص:۵۵۲

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۲ح۱۲

الثالث: ما فی رساله علیّ بن بابویه: فإن راجع الحبلی قبل أن تضع ما فی بطنها أو تمضی لها ثلاثه أشهر ثمّ أراد طلاقها، فلیس له ذلک حتّی تضع ما فی بطنها و تطهر ثمّ یطلّقها». قال: و لم یفصّل و کذا قال ابنه فی المقنع لکنه قال قبل ذلک: «و إذا مضت بالحامل ثلاثه أشهر من قبل أن تضع فقد بانت منه و لا تحلّ للزّواج حتّی تضع» و حینئذ فذکر ثلاثه أشهر کذکر وضع الحمل فی الخروج من العدّه» فیکون المعنی لو راجعها مرّه قبل انقضاء العدّه لم یجز طلاقها ثانیه إلّا بعد الوضع و طهارتها فیکون الحاصل عدم جواز طلاقها الثانی. ویشهد له خبر محمّد بن منصور الصیقل، عن أبیه، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) «فی الرّجل یطلّق امرأته و هی حبلی، قال: یطلّقها، قلت: فیراجعها قال: نعم یراجعها، قلت: فإنّه بدا له بعد ما راجعها أن یطلّقها؟ قال: لا حتّی تضع»(1).

و فیه: انه مع غض النظر عن المعارض ضعیف السند بالصیقل و ابیه.

هذا و فی المقنع بعد التعبیر بمثل ما عن أبیه بلا فصل «و سئل الصّادق (علیه السلام) عن المرأه الحامل یطلّقها زوجها ثمّ یراجعها، ثمّ یطلّقها ثمّ یراجعها، ثمّ یطلّقها الثالثه فقال: قد بانت منه و لا تحلّ له حتّی تنکح زوجا غیره» و هو کالتناقض، ومثله قال فی فقیهه.

ص:553

1- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۵۱۱

الرابع: ما ذهب اليه الشيخ فی النهایه و تبعه القاضی و ابن حمزه من جواز طلاقها مرّه و مراجعتها و جوّز طلاقها ثانیه للعدّه دون السّنّه جمعا منه للاخبار بذلک، و هو کما تری جمع تبرعی , هذا و لم یتعرّض أبو الصلاح و ابن زهره للمسأله و لم ینقل عن العمانیّ فیها شی ء ایضا.

و اما موثق إسحاق بن عمّار، عن أبی الحسن (علیه السلام): قلت له: رجل طلّق امرأته، ثمّ راجعها بشهود، ثمّ طلّقها ثمّ بدا له فراجعها بشهود، ثمّ طلّقها فراجعها بشهود تبین منه؟ قال: نعم، قلت: کلّ ذلک فی طهر واحد، قال: تبین منه، قلت: فإن فعل ذلک بامرأه حامل تبین منه؟ قال: لیس هذا مثل هذا»(۱) فقد تضمّن الرّجوع فی الطّلاق الثالث و هو مخالف للکتاب فلا عبره به.

(و یکون طلاق عده إن وطئ)

بعد الرجعه ثم طلق کما هو مدلول صحیح اسحاق المتقدم «قال: إنّ الطلاق لا یکون إلّا فی طهر قد بان أو حمل قد بان، و هذه قد بان حملها»(۲) الدال علی ان حکم الحمل البین حکم الطهر , و إلّا یطأ بعدها (فسنه بمعناه الأعم) و ذلک لان طلاق السنه بالمعنی الأخص لا یقع بها لأنه مشروط بانقضاء العده ثم التزوج بها

ص:۵۵۴

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۹۲ح۲۳۶

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۷۲ح۱۵۸

ثانیا کما سبق و عده الحامل لا- تنقضی إلّا بالوضع و به تخرج عن کونها حاملا فلا یصدق أنها طلقت طلاق السنه بالمعنی الأخص ما دامت حاملا .

و الأولی تفریق الطلقات علی الأطهار

(والاولی تفریق الطلقات علی الاطهار) بأن یوقع کل طلقه فی طهر غیر طهر الطلقه السابقه (لمن أراد أن یطلق و یراجع) أزید من مره, و ظاهره حصر الخلاف فی التطلیق مرّات فی طهر واحد دون أطهار مع أنّه فی الأطهار لو لم یکن وقاع، أیضا خلاف، فقال العمانیّ: «فلو طلّقها من غیر جماع بتدنیس مواقعه بعد المراجعه لم یجز ذلک لأنّه طلّقها من غیر أن ینقضی الطّهر الأوّل و لا تنقضی الطّهر الأوّل إلّا بتدنیس المواقعه بعد المراجعه، و إذا جاز أن یطلّق الطلیقه الثانیه بلا طهر جاز أن یطلّق کلّ تطلیقه بلا طهر، و لو جاز ذلک لما وضع اللّه الطهر».

و لم یجز العمانیّ أیضا الطلاق فی السفر إذا کان الرّجوع فی السّفر لعدم وقوع وقاع، فقال: «و لو طلّقها ثمّ خرج إلی سفر فأشهد علی رجعتها شاهدی عدل و هو غائب عنها فی سفره، ثمّ طلّقها و هو فی سفره لم یجز ذلک».

و هو المفهوم من انتصار المرتضی فقال فی ضمن مسأله «إنّ الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا یقع»: «فإن قیل: إذا ثبت وجوب تفریق الطّلاق فلا فرق بین أن یکون فی

طهر واحد أو طهرين، و أنتم لا تجوّزون تفريقه فی طهر واحد، قلنا: إذا ثبت وجوب التّفريق فكلّ من أوجبه يذهب إلی أنّه لا يكون إلّا فی طهرين».

و مثلهما الكلينیّ فروی روايات متعدده فی ذلک منها موثق أبی بصير، عن الصّادق (عليه السلام): «المراجعه هی فی الجماع، و إلّا فإنّما هی واحده»(۱)

و صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج، عنه (عليه السلام) قال: فی رجل طلّق امرأته: له أن يراجع، و قال: لا يطلّق التطليقه الأخری حتّی يمسّها»(۲).

و صحيح إسحاق بن عمّار، عن أبی إبراهيم (عليه السلام): «سألته عن رجل يطلّق امرأته فی طهر من غير جماع، ثمّ يراجعها فی يومه ذلک ثمّ يطلّقها تبين منه بثلاث تطليقات فی طهر واحد؟ فقال: خالف السّنّه، قلت: فليس ينبغی له إذا هو راجعها أن يطلّقها إلّا فی طهر؟ قال: نعم، قلت: حتّی يجامع؟ قال: نعم»(۳)و صحيح زراره(۴) و قد تقدم و بمضمونه عبّر الفقيه و مثله فی مقنعه , و يدلّ علی اشتراط الوقاع فی الرّجوع غيرها أيضا

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۷۳ح۱

۲- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۷۳ح۲

۳- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۷۴ح۴

۴- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۶۵ح۲

و لكن يعارضها صحيح عبد الحميد بن عوّاض، و محمّد بن مسلم قالا: «سألنا أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن رجل طلّق امرأته و أشهد على رجعتها و لم يجامع، ثمّ طلّق فى طهر آخر على السّنّه أ تثبت التطليقه الثانيه بغير جماع؟ قال: نعم إذا هو أشهد على الرّجعه و لم يجامع كانت التطليقه ثابته»(۱).

و صحيح البزنطىّ: سألت الرّضا (عليه السلام) «عن رجل طلّق امرأته بشاهدين ثمّ راجعها و لم يجامعها بعد الرّجعه حتّى طهرت من حيضها، ثمّ طلّقها على طهر بشاهدين أ تقع عليها التطليقه الثانيه و قد راجعها و لم يجامعها؟ قال: نعم»(۲).

و خبر أبى علىّ بن راشد: سألته مشافهه عن رجل طلّق امرأته بشاهدين على طهر، ثمّ سافر و أشهد على رجعتها، فلمّا قدم طلّقها من غير جماع أ يجوز ذلك له؟ قال: نعم، قد جاز طلاقها»(۳) و عليه فتقع المعارضه بين ما تقدم و هذه الاخبار و قد تضمّن الاول منها اشتراط الإشهاد فى الرّجعه و لا نقول به , و الاخير لا دلاله فيه على انه يحسب طلاق ثان فيبقى صحيح البزنطى و هو مضافا الى ان معارضه فوق حد الاستفاضه اعرض عنه الاصحاب و عليه فالاقوى هو ان الرجوع لا يؤثر بلا وقاع .

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۴۵ح۵۸

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۴۵ح۵۹

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۴۵ح۶۰

و أمّا ما فی صحیح محمّد بن مسلم، عنه (علیه السلام): «الرجعه بغیر جماع تکون رجعه؟ قال: نعم»(۱) و مثله غیره(۲) فلا دلاله فیهما إلّا علی أنّ أصل الرّجوع بدون أن یتعقّبه طلاق لا یشترط فیه وقاع، و به صرّح الشّیخ أیضا, و حمل المختلف له علی أنّ المراد به طلاق العدّه بلا وجه.

و لو طلق مرات فی طهر واحد

(و لو طلق مرات فی طهر واحد) بأن یطلق و یراجع ثم یطلق و یراجع و هکذا ثلاثا (فخلاف أقربه الوقوع مع تخلل الرجعه) بین کل طلاقین و تقدم ان الاقوی انه یحسب طلاقا واحدا هذا اذا کانت مدخولا بها .

هذا و قیل: ان النهی لا یدلّ علی بطلانه نظرا إلی أنّ النّهی فی غیر العباده لا یفسد. وفیه: انه صحیح اذا کان النّهی عن أمر غیر دخیل کما فی قوله تعالی {لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُیُوتِهِنَّ وَ لَا یَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ یَأْتِینَ بِفَاحِشَهٍ مُبَیِّنَهٍ} حیث نهی عن إخراج المطلّقه، و إخراجها لیس بدخیل فی صحّه طلاقها، و أمّا إذا کان دخیلا کالنهی عن طلاق الحائض و طلاق الطاهر فی طهر المواقعه فالنّهی یفسده و هنا کالثانی لا الأوّل.

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۴۵ح۵۷

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۴۴ح۵۶

طلاق غير المدخول بها ثلاثا

ثم ان الشيخ قال باحتياجها الى المحلل حتى لو لم تكن مدخولا بها اذا طلقها ثلاثا, قلت: و يشهد له مضافا الى اطلاق الآيه المباركه صحيح عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (عليه السلام) «فى امرأه طلّقها زوجها ثلاثا قبل أن يدخل بها، قال: لا تحلّ حتّى تنكح زوجا غيره»(۱).

و صحيح ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن ابن رئاب عن طربال، عنه (عليه السلام): سألته عن رجل طلّق امرأته تطليقه قبل أن يدخل بها و أشهد على ذلك و أعلمها، قال: قد بانت منه ساعه طلّقها و هو خاطب من الخطّاب، قلت: فإن تزوّجها، ثمّ طلّقها تطليقه أخرى قبل أن يدخل بها؟ قال: قد بانت منه ساعه طلّقها، قلت: فإن تزوّجها من ساعته أيضا، ثمّ طلّقها تطليقه؟ قال: قد بانت منه و لا تحلّ له حتّى تنكح زوجا غيره»(۲)

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۶۵ح۱۳۲
۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۶۵ح۱۳۵

و صحیح محمّد بن إسماعیل بن بزیع، عن الرّضا (علیه السلام) قال: البکر إذا طلّقت ثلاث مرّات و تزوّجت من غیر نکاح فقد بانت و لا تحلّ لزوجها حتّی تنکح زوجا غیره»(۱).

و اما ما فی معتبر الفضل بن شاذان، عنه (علیه السلام): و إذا طلّقت المرأه للعدّه ثلاث مرّات لم تحلّ لزوجها حتّی تنکح زوجا غیره، و قال أمیر المؤمنین (علیه السلام): اتّقوا تزویج المطلّقات ثلاثا فی موضع واحد فإنّهنّ ذوات أزواج- الخبر»(۲) فیحتمل ان یکون المراد من العده ما فی قوله تعالی فی سوره الطلاق {إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ} لا المراجعه فی العدّه , و مثله غیره(۳).

و تحتاج مطلقا مع کمال الثلاث

(و تحتاج) المطلقه مطلقا (مع کمال) الطلقات (الثلاث إلی المحلل للنص) کما تقدم تحقیقه و یکفی فی ذلک ظاهر الکتاب.

ص:۵۶۰

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۶۵ح۱۳۶

۲- العیون باب ۳۴ (فی ما کتبه الرّضا (علیه السلام) للمأمون فی محض الإسلام)

۳- عیون أخبار الرضا (علیه السلام)، ج ۲، ص: ۸۵ح۲۷

و لا يلزم الطلاق بالشک فيه

(و لا يلزم الطلاق بالشك فيه)

حتى تنـدفع الشـبهه الناشـئه من احتمال وقوعه بل يبقى على حكم الزوجيه لأصاله عـدمه و بقاء النكاح, و الأصل فيه أنّ الخلاف قال: «مع الشّكّ لا يلزمه الطّلاق لا وجوبا و لا استحبابا، و قال الشافعى: يستحبّ أن يلزم نفسها واحده- إلخ».

حصيله البحث:

يجوز طلاق الحامل أزيـد من مرّهٍ و يكون طلاق عدّهٍ إن وطئ بعد الرجعه ثم طلق , و إلّا يطأ بعدها فسـنّهٌ بمعناه الأعمّ، و لو طلّق مرّاتٍ فى طهرٍ بأن يطلق و يراجع ثم يطلق و يراجع و هكـذا ثلاثا فالاقوى انه يحسب طلاقا واحدا هذا اذا كانت مدخولا بها، و لو لم تكن مـدخولا بها و طلقها ثلاثا بعـد العقد عليها ثلاثا فلا تحلّ له حتّى تنكح زوجا غيره, و لا يلزم الطّلاق بالشّک حتى تندفع الشبهه الناشئه من احتمال وقوعه بل يبقى على حكم الزوجيه .

و يکره للمريض الطلاق

(و يكره للمريض الطلاق)

ص:۵۶۱

للنهی عنه فی موثق عبید بن زراره قال: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن المریض أ لهُ أن یطلّق امرأته فی تلک الحال قال لا»(۱) المحمول علی الکراهه جمعا بینه و بین ما دل علی وقوعه صریحا کصحیح الحلبی « هل یجوز طلاقها قال نعم»(۲).

(فإن فعل توارثا فی) العده (الرجعیه)

من الجانبین کغیره خلافا للشّیخ فی النّهایه و التّهذیبین و ابن حمزه بتوارثهما فی العدّه فی الرجعیّه و غیرها و قد رجع عنه فی مبسوطیه و یدل علی توارثهما فی الرجعیه مضافا الی انها ما دامت فی العده فهی زوجته موثق محمد بن قیس الاتی و صحیح صفوان عن یحیی الازرق عن عبد الرّحمن، عن الکاظم (علیه السلام) قال: «سألته عن رجل یطلّق امرأته آخر طلاقها؟ قال: نعم یتوارثان فی العدّه»(۳).

نعم لا یتوارثان بعد التطلیقه الثالثه اذا کان صحیحا غیر مریض کما فی موثق محمّد بن قیس، عن الباقر (علیه السلام) قال: «قضی فی المرأه إذا طلّقها، ثمّ توفّی عنها زوجها و هی فی عدّه منه ما لم تحرم علیه فإنّها ترثه و یرثها ما دامت فی الدّم من

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۲۱ح۱
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۲۳ح۱۱
۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۸۰ح۱۹۱

حیضتها الثالثه فی التطلیقتین الأولیین، فإن طلّقها ثلاثا فإنّها لا ترث زوجها و لا یرث منها- الخبر»(۱) و لا یخفی ان مورد الموثق هو الصحیح لا المریض.

و اما ما فی صحیح الحلبیّ: «سئل عن الرّجل یحضره الموت فیطلّق امرأته هل یجوز طلاقه؟ قال: نعم و إن مات ورثته، و إن ماتت لم یرثها»(۲) الدال علی عدم ارثه لها فالمراد به بعد الخروج من العده کما یشهد له خبر الحلبیّ، و أبی بصیر، و أبی العبّاس جمیعا، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) «أنّه قال: ترثه و لا یرثها إذا انقضت العدّه»(۳).

(و ترثه هی فی البائن و الرجعی إلی سنه)

من حین الطلاق کما فی الاخبار المستفیضه و اختلف الاصحاب فی ان ثبوت الارث للمطلقه فی المرض هل هو مترتب علی مجرد الطلاق فیه او معلل بتهمته فذهب الشیخ فی بعض کتبه و الاکثر الی الأول لإطلاق النصوص و ذهب فی الاستبصار إلی الثانی لموثق سماعه و رجحه العلامه فی المختلف و الإرشاد و السر فی ذلک ان النصوص مطلقه عدا خبر یونس و موثق سماعه فانهما مقیدان بما اذا کان بحال الاضرار قال سماعه: «سألته (علیه السلام) عن رجل طلّق امرأته و هو

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۸۰ح۱۹۴

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۷۹ح۱۸۷

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۱۳۴ح۶

مریض؟ قال: ترثه ما دامت فی عـدّتها و إن طلّقها فی حال إضـرار فهی ترثه إلی سـنه، فإن زاد علی السّـنه یوما واحـدا لم ترثه و تعتـد منه أربعه أشـهر و عشـرا عدّه المتوفی عنها زوجها»(۱) و القاعـده فی مثله تقتضـی حمـل المطلق علی المقیـد , و الیه ذهب الشـیخ فی الاستبصار و ذکر انه مع عدم التّهمه لا ترث بعد العدّه الرّجعیّه، و ذهب إلیه الإسکافیّ، و هو ظاهر الکلینیّ حیث روی موثق سـماعه المتقدّم، و هو المفهوم من الصّدوق فی الفقیه حیث افتی بخبر یونس، عن بعض رجاله، عن الصّادق (علیه السلام): «سـألته مـا العلّه الّتی من أجلهـا إذا طلّق الرّجـل امرأته و هو مریض فی حال الإضـرار ورثته و لم یرثها؟ فقال هو الإضـرار و معنی الإضرار منعه إیّاها میراثها منه فالزم المیراث عقوبه»(۲).

(ما لم تتزوج) بغیره (أو یبرأ من مرضه)

فینتفی إرثها بعد العده الرجعیه و إن مات فی أثناء السنه کما فی صحیح ابی العباس عنه (علیه السلام): «إذا طلّق الرّجل المرأه فی مرضه ورثته مـا دام فی مرضه ذلـک، و إن انقضت عـدّتها إلّـا أن یصـحّ منه، قـال: قلت: فـإن طـال به المرض؟ قال: ما بینه و بین سنه»(۳).

ص:۵۶۴

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۲۲ و الإستبصار، ج ۳، ص: ۳۰۷
۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص: ۳۱۱ح ۵۶۷۰
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۲۲ح۷

و صحیح صفوان بن یحیی عن عبد الرَّحمن بن الحجَّاج عمَّن حدَّثه عن أبی عبد اللَّه (علیه السلام) فی الرَّجل المریض یُطلِّق امرأته و هو مریضٌ قال إن مات فی مرضه ذلک و هی مقیمه علیه لم تتزوَّج ورثته و إن کانتقد تزوَّجت فقد رضیت الَّذی صنع و لا میراث لها»(۱) الدال علی عدم ارثها لو تزوجت.

حصیله البحث:

یکره للمریض الطّلاق فإن فعل توارثا فی الرّجعیّه نعم لا یتوارثان بعد التطلیقه الثالثه اذا کان صحیحا غیر مریض , و ترثه هی فی البائن و الرّجعیّ إذا طلّقها فی حال إضرار إلی سنه، ما لم تتزوّج أو یبرأ من مرضه .

و الرجعه تکون بالقول و بالفعل

(و الرجعه تکون بالقول مثل رجعت و ارتجعت، و بالفعل کالوطی و التقبیل و اللمس بشهوه)

لدلالته علی الرجعه کالقول و ربما کان أقوی منه و لا تتوقف إباحته علی تقدم رجعه لأنها زوجه.

ص:۵۶۵

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۱۳۴ح۷

هـذا و ذهب إلی عـدم کفـایه الفعل، الشّافعیّ فاشترط تقـدّم القول فی حلّیّه الوطی، و ذهب مالک إلی کفایه الفعل، لکن مع نیّه الرّجوع و ردّهما «الخلاف» بقوله تعالی {وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ} فسمّی المطلّق الرّجعی بعلا.

و یدلّ علی کون الفعل رجعه قهرا صحیح الحسن بن محبوب عن محمّد بن القاسم، عن الصّادق (علیه السلام): «من غشی امرأته بعد انقضاء العدّه جلّد الحدّ و إن غشـیها قبل انقضاء العدّه کان غشیانه لها رجعه لها به»(۱) و علیه فالفعل مطلقا یعد رجوع شرعا لعـدم الخصوصـیه للغشـیان , و بـذلک یظهر ضـعف ما قیل: «و ینبغی تقییـد الفعل بقصـد الرّجوع به أو بعدم قصد غیره لأنّه أعمّ خصوصا لو وقع منه سهوا و الأجود اعتبار الأوّل» فهو اجتهاد قبال النص و قد عرفت أنّه مذهب مالک.

و إنکار الطلاق رجعه

(و إنکار الطلاق رجعه)

کمـا یشـهد لـذلک صـحیح أبی ولّـاد الحنّـاط، عن الصّـادق (علیه السـلام): «سألته عن امرأه ادّعت علی زوجها أنّه طلّقها تطلیقه طلاق العدّه طلاقا صحیحا یعنی علی طهر من غیر جماع و أشهد لها شهودا علی ذلک ثمّ أنکر الزّوج بعد ذلک، فقال: إن کان

۱- من لا یحضره الفقیه ج ۴ ص۲۷ باب ما یجب به التعزیر و الحد و الرجم و القتل..

إنکاره الطّلاق قبل انقضاء العدّه فإنّ إنکاره للطّلاق رجعه لها- الخبر»(۱) و به افتی الفقیه(۲).

و لو طلق الذمّیه جاز مراجعتها

(و لو طلق الذمّیه جاز مراجعتها و لو منعنا من ابتداء نکاحها دواما)

لما تقدم من أن الرجعه ترفع حکم الطلاق فیستصحب حکم الزوجیه السابقه لا أنها تحدث حکم نکاح جدید و من ثم أمکن طلاقها ثلاثا قبل الدخول بعدها استصحابا لحکم الدخول السابق و بدلیل جواز استدامه نکاحها لو أسلم زوجها دونها و لو منع من ابتدائه لأنّ علاقه الزّوجیّه بعد الطّلاق ما لم تنقض العدّه باقیه بدلیل ارثهما و بدلیل أنّ المدخول به إذا طلّقها ثمّ راجعها کرارا بغیر دخول تعتدّ بعد الطّلاق الأخیر کما هو المفهوم من معتبر زراره عن أحدهما (علیه السلام) «فی رجل یطلّق امرأته تطلیقهً ثمَّ یدعها حتَّی تمضی ثلاثه أشهر إلَّا یوماً ثمَّ یراجعها فی مجلس ثمَّ یطلِّقها ثمَّ فعل ذلک فی آخر الثَّلاثه الأشهر أیضاً قال فقال إذا أدخل الرَّجعه اعتدَّت بالتَّطلیقَه الأخیره و إذا طلَّق بغیر رجعه لم یکن له طلاق»(۳).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۷۴ح۱

۲- الفقیه فی ۱۸ من باب ما یجب به التعزیر و الحد.

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۷۵ح۱

و لو أنكرت الدخول عقيب الطلاق قدّم قولها

(و لو أنكرت الـدخول عقيب الطلاق) لتمنعه من الرجعه (قـدّم قولها و حلفت) لأصاله عدم الدخول و لصـحيح أبى ولّاد الحنّاط، عن الصّادق (عليه السـلام): «سألته عن امرأه ادّعت على زوجها أنّه طلّقها تطليقه طلاق العدّه طلاقا صـحيحا - يعنى على طهر من غير جماع - و أشهد لها شهودا على ذلك، ثمّ أنكر الزّوج بعد ذلك، فقال: إن كان إنكاره الطّلاق قبل انقضاء العدّه فإنّ إنكاره للطّلاق رجعه لها و إن كان إنكاره الطّلاق بعد انقضاء العدّه فإنّ على الإمام أن يفرّق بينهما بعد شـهاده الشّهود بعد أن تستحلف أنّ إنكاره للطّلاق بعد انقضاء العدّه و هو خاطب من الخطّاب»(۱) و مورده و إن كان إنكار الرّجل لأصل الطّلاق و ثبوته بشهود الطّلاق و كون الإنكار مثل رجوع لكن تـدّعى المرأه أنّ هـذا الرّجوع الـذى حصل من إنكاره كان بعد العدّه - و أمر العدّه إليها كما سياتى- فيقبل قولها لكن تستحلف وكذلك انكارها للدخول فأنّ الأصل عدم الدّخول.

و الأصـل فى قول المصـنّف مـا فى المبسوط فى كتـاب رجعته «إذا طلّقها طلقه رجعيّه ثمّ اختلفا فى الإصابه فقال الزّوج: طلّقتك بعـد مـا أصـبتك فلى عليـك الرجعه و لك كمال المهر و عليك العـدّه، و قالت هى: طلّقتنى قبل الإصابه فليس علىّ العـدّه و لا لك علىّ رجعه و لى عليك نصف المهر، فالقول قولها مع يمينها، لأنّ

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۷۴ح۱

الطّلاق إذا کان فی نکاح لا یعلم فیه الإصابه فالظاهر أنّ الفرقه قد وقعت فإذا ادّعی الإصابه ادّعی أمرا باطنا یرید أن یرفع به الظّاهر فإذا حلفت سقطت دعوی الزّوج- إلخ».

حصیله البحث:

و الرّجعه یکون بالقول مثل رجعت و ارتجعت، و بالفعل کالوطئ و التّقبیل و اللّمس بشهوهٍ، و إنکار الطّلاق رجعهٌ، و لو طلّق الذّمّیّه جاز مراجعتها و لو منعنا من ابتداء نکاحها دواماً لجواز استدامه نکاحها لو أسلم زوجها دونها لأن الرجعه ترفع حکم الطلاق، و لو أنکرت الدّخول عقیب الطّلاق حلفت.

و رجعه الأخرس بالإشاره المفهمه لها و أخذ القناع عن رأسها

(و رجعه الأخرس بالإشاره المفهمه لها و أخذ القناع عن رأسها)

لما تقدم من أن وضعه علیها إشاره إلی الطلاق و ضد العلامه علامه الضد ولا نص هنا علیه بخصوصه والرّجعه لیست فوق الطّلاق، وورد فی طلاقهأنه یأخذ مقنعتها فیضعها علی رأسها و یعتزلها کما فیمعتبر السّکونی(۱) و مثله خبر أبی بصیر(۲) , و یمکنه الرّجعه بالفعل کغیره لما تقدم.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۲۸ح۳

۲- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار ج ۳ ص ۳۰۱ باب۱۷۵ طلاق الأخرس

و يقبل قولها فى انقضاء العدّه

(و يقبل قولها فى انقضاء العدّه فى الزمان المحتمل) لانقضائها فيه (و أقلّه ستّه و عشرون يوما و لحظتان)

إن كانت معتـده بالأقراء و ذلك بأن يطلق و قد بقى من الطهر لحظه ثم تحيض أقل الحيض ثلاثه أيام ثم تطهر أقل الطهر عشـره ثم تحيض و تطهر كذلك ثم تطعن فى الحيض لحظه .هذا إذا كانت حره و لو كانت أمه فأقل عدتها ثلاثه عشر يوما و لحظتان.

(و) فى هذه اللحظه (الأخيره دلاله على الخروج) من العده أو من الطهر الثالث لاسـتبانته بها (لا جزء) من العده لأنها ثلاثه قروء و قد انقضت قبله فلا تصح الرجعه فيها و يصح العقد.

و أمّا قبول قولها فى زمان لم يعلم كذبها فيدل عليه صحيح زراره، عن الباقر (عليه السلام) «قال: العدّه و الحيض للنّساء إذا ادّعت صدّقت»(۱).

قلت: لكن ورد فى خبر زراره ان المرأه التى تحيض فى الشـهر ثلاـث مرات تكون عـدتها ثلاـثه اشـهر ففيه: «إذا نظرت فلم تجد الأقراء إلّا ثلاثه أشهر فإذا كانت لا

ص:۵۷۰

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۰۱ح۱

یستقیم لها حیض تحیض فی الشّهر مرارا فإنّ عدّتها عدّه المستحاضه ثلاثه أشهر و إذا کانت تحیض حیضا مستقیما فهو فی کلّ شهر حیضه بین کلّ حیضتین شهر و ذلک القرء»(۱) و فیه: انه لم نقف علی من افتی به فلا عبره به.

(و ظاهر الروایات أنه لا یقبل منها غیر المعتاد إلّا بشهاده أربع من النساء المطّلعات علی باطن أمرها و هو قریب)

عملاً بالأصل و استصحابا لحکم العده و لموثق السّکونیّ عن جعفر، عن أبیه أنّ علیّا (علیه السلام) «قال: فی امرأه ادّعت أنّها حاضت ثلاث حیض فی شهر، فقال: کلّفوا نسوه من بطانتها أنّ حیضها کان فی ما مضی علی ما ادّعت فإن شهدن صدّقت و إلّا فهی کاذبه»(۲) و فیه قال الشیخ: «الوجهُ فی هذا الخبر أن نحملهُ علی من کانت متّهمهً فی قولها»(۳) و هو القدر المتیقن من الموثق و هو الاقوی فلا وجه لطرحه.

و اما قول المصنف «لا یقبل منها.. إلّا بشهاده أربع من النساء» ففیه: انه غیر دالّ علی اشتراط الأربع بل لا یبعد أن یکون المراد من قوله «نسوه من بطانتها» الجنس فیکفی فیها الواحده و لو أرید به الجمع فأقلّه ثلاثه. و الحاصل انه یقبل قولها الّا اذا کانت متهمه .

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۰۰ باب عده المسترابه

۲- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۳۵۶ح۲

۳- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۳۵۷

حصیله البحث:

و رجعه الأخرس بالإشاره و أخذ القناع و یقبل قولها فی انقضاء العدّه فی الزّمان المحتمل و أقلّه ستّهٌ و عشرون یوماً و لحظتان، و الأخیره دلالهٌ علی الخروج لا جزءٌ، و یقبل منها قولها فی غیر المعتاد الّا اذا کانت متهمه .

الفصل الثالث فی العدد

اشاره

و العـدد بالکسـر فالفتح جمع عدّه, و العده هی بمعنی وجوب التربص علی المرأه فتره معینه بترک الزواج فیها سواء جاز لزوجها الرجوع الیها أم لا.

و لا عدّه علی من لم یدخل بها الزوج إلّا فی الوفاه

(و لا عدّه علی من لم یدخل بها الزوج)

کمـا یـدل علیه قوله تعـالی: {... ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمٰا لَکُمْ عَلَیْهِنَّ مِنْ عِدَّهٍ تَعْتَدُّونَهٰا}(۱) و الروایات الشریفه، کصحیحه أبی بصیر عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «اذا طلق الرجل امرأته قبل أن یدخل بها تطلیقه واحده فقد بانت منه و تزوج من ساعتها ان شاءت»(۲) و غیرها.

ص:۵۷۲

۱- الاحزاب ایه ۴۹

۲- وسائل الشیعه ۱۵: ۴۰۴ الباب ۱ من أبواب العدد الحدیث ۳

(إلّا فی الوفاه، فیجب أربعه أشهر و عشره أیام ان کانت حرّه)

اما ان عده المتوفی زوجها اربعه اشهر و عشره ایام فیدل علی ذلک قوله تعالی: {وَ الَّذِینَ یُتَوَفَّوْنَ مِنْکُمْ وَ یَذَرُونَ أَزْواجاً یَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَهَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً}(۱).

و اما ما قد یقال من ان قوله تعالی {وَ الَّذِینَ یُتَوَفَّوْنَ مِنْکُمْ وَ یَذَرُونَ أَزْواجاً وَصِیَّهً لِأَزْواجِهِمْ مَتاعاً إِلَی الْحَوْلِ غَیْرَ إِخْراجٍ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلا جُناحَ عَلَیْکُمْ فِی ما فَعَلْنَ فِی أَنْفُسِهِنَّ مِنْ مَعْرُوف}(۲) تضمّنان عدتها حول ففیه: انه ربما لم یکن هذا أجلا لعده الوفاه علی کل حال بل ان شاءت ان تبقی فی بیت زوجها فلها الإنفاق و الإسکان بحسب الوصیه حولا و علی فرض صحه هذا المعنی فهو تشریع قبل نزول آیه العده و منسوخ بها اتفاقا.

و الروایات فی المسأله کثیره، کصحیحه ابی بصیر عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «ان رسول اللّه (صلی الله علیه و آله) قال للنساء: اف لکن قد کنتنّ قبل ان ابعث فیکن و ان المرأه منکن اذا توفی عنها زوجها اخذت بعره فرمت بها خلف ظهرها ثم قالت: لا امتشط و لا اکتحل و لا اختضب حولا کاملا و انما امرتکن بأربعه أشهر و عشرا ثم لا تصبرن»(۳) و غیرها.

۱- البقره: ۲۳۴

۲- البقره: ۲۴۰

۳- وسائل الشیعه ۱۵: ۴۵۱ الباب ۳۰ من أبواب العدد الحدیث ۱

و اما ثبوت العده للزوجه من دون فرق بين حالات الزوج من كونه كبيرا أو صغيرا , و من دون فرق بين حالات الزوجه من كونها صغيره أو كبيره، يائسا او لا، مدخولا بها او لا، دائمه أو متمتعا بها فلإطلاق ما تقدم من الآيه الكريمه و الروايات الشريفه.

و اما خبر محمد بن عمر الساباطى: «سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل تزوج امرأه فطلقها قبل ان يدخل بها قال: لا عده عليها. و سألته عن المتوفى عنها زوجها من قبل ان يدخل بها قال: لا عده عليها، هما سواء»(۱)الدال على اشتراط الدخول فى ثبوت عده الوفاه، فمضافا الى ضعف سندهما بالساباطى نفسه ساقطه عن الحجيه لهجران الاصحاب لمضمونها.

هذا فى غير الحامل و اما الحامل فعدتها أبعد الأجلين كما سياتى.

قال فى ردّ العامّه «بأنّ المتعه لو كانت حرّه لكانت عدّتها أربعه أشهر و عشرا، فأمّا ما ذكروه من الاعتداد فهم يخصّون الأمه فى عدّه المتوفّى عنها زوجها لأنّ الأمه عندهم زوجه و عدّتها شهران و خمسه أيّام و إذا جاز تخصيص ذلک بالدّليل خصّصتها المتمتع بها بمثله.

(و نصفها ان كانت أمه)

۱- وسائل الشيعه ۱۵: ۴۶۲ الباب ۳۵ من أبواب العدد الحديث ۴

عند المصنف کما استفاضت بذلک النصوص مثل صحیح محمّد بن قیس عن الباقر (علیه السلام): طلاق العبد للأمه تطلیقتان- إلی- فإن مات عنها زوجها فأجلها نصف أجل الحرّه شهران و خمسه أیّام»(۱) و غیره.

و إلی هذا التفصیل ذهب العمانیّ و الإسکافی و المفید و الدّیلمیّ و ابن حمزه المرتضی.

لکن یعارض ذلک صحیح زراره، عن الباقر (علیه السلام):«أنّ الأمه و الحرّه کلتیهما إذا مات عنهما زوجاهما فی العدّه سواء إلّا أنّ الحرّه تحدّ و الأمه لا تحدّ»(۲).

و صحیح وهب بن عبد ربّه، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن رجل کانت له أمّ ولد فزوّجها من رجل فأولدها غلاما، ثمّ إنّ الرّجل مات فرجعت إلی سیّدها أله أن یطأها؟ قال: تعتدّ من الزّوج أربعه أشهر و عشرا، ثمّ یطأها بالملک بغیر نکاح»(۳) و غیرهما.

و فصل التّهذیبان بین أمه أمّ ولد فکالحرّه و أمه غیر أمّ ولد فعدّتها نصف الحرّه و استند فیه إلی صحیح وهب المتقدم وغیره، و مورد کلام الشیخ أمّ ولد مولاها و

۱- التّهذیب فی ۱۳۶ من أخبار عدد نسائه

۲- التّهذیب فی ۱۲۸ من أخبار عدد نسائه

۳- التّهذیب فی ۱۳۰ من أخبار عدد نسائه

مثله ابن حمزه، و قال القاضی بکونها مثل الحرّه إذا کانت أمّ ولد من مولاها أو من زوجها و لا معنی لنسبه أمّ ولد إلی غیر المولی کما لا یخفی.

قلت: لا وجه لهذین التفصیلین و مجرد مورد الصحیح ام الولد لا یوجب اختصاصه بها و علیه فتقع المعارضه بین الطائفه الثانیه وبین الطائفه الاولی و الترجیح للطائفه الثانیه و هی ان عدتها کالحره و ذلک لشهرتها بین الاصحاب و مخالفتها للعامه(۱), نعم علی فرض التساقط فمقتضی البراءه الاخذ بالاقل.

(و فی باقی الأسباب تعتد ذات الأقراء المستقیمه الحیض)

و هی من تحیض فی کلّ شهر مرّه فی مقابل ذات الشهور کما جعلها المصنف قبال ذات الشهور .

و ما قیل: من ان المراد من مستقیمه الحیض ما إذا کانت عادتها مضبوطه وقتا. ففیه: انه خلاف الظاهر , و یؤید ذلک خبر عبد الرّحمن ففیه «قلت: فإن عجّل الدّم علیها قبل ایام قرئها فقال إذا کان الدَّم قبل عشره أیَّام فهو أملک بها و هو من الحیضه الَّتی طهرت منها و إن کان الدَّم بعد العشره الأیَّام فهو من الحیضه الثَّالثه و هی أملکُ بنفسها»(۲).

۱- الوسائل ج۲۲ ص ۲۶۲
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۸ح۱۰

(مع الدخول بها بثلاثه أطهار)

و ذلك لصريح الآيه الكريمه: {وَالمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَهَ قُرُوءٍ ...}(۱) الداله على كون العده ثلاثه قروء.

و اما ان القرء فهل هو بمعنى الطهر او الحيض؟ فاستفاضت النصوص على انه بمعنى الطهر عدا روايات لم ينقلها غير الشيخ و انما نقلها الشيخ للرد عليها.

ففى صحيحه زراره عن ابى جعفر (عليه السلام): «الاقراء هى الاطهار»(۲) و فى صحيحته الاخرى: «قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): سمعت ربيعه الرأى يقول: من رأيى ان الاقراء التى سمى اللّه عز و جل فى القرآن انما هو الطهر فيما بين الحيضتين فقال: كذب، لم يقل برأيه و لكنه انما بلغه عن على (عليه السلام) . فقلت: كان على (عليه السلام) يقول ذلك؟ فقال: نعم، انما القرء الطهر الذى يقرؤ فيه الدم فيجمعه فاذا جاء المحيض دفعه»(۳).

و صحيحه الثالث عن الباقر (عليه السلام) - إلى أن قال - فقال: إذا دخلت فى الحيضه الثالثه فقد انقضت عدّتها و حلّت للأزواج، قلت له: أصلحك اللّه إنّ أهل العراق

۱- البقره: ۲۲۸

۲- وسائل الشيعه ۱۵: ۴۲۴ الباب ۴ من أبواب العدد الحديث ۳

۳- وسائل الشيعه ۱۵: ۲۲۴ الباب ۱۴ من أبواب العدد الحديث ۴

یروون عن علیّ (علیه السلام) أنّه قال: هو أحقّ برجعتها ما لم تغتسل من الحیضه الثالثه فقال: کذبوا»(۱)و غیرها.

و اما الروایات الداله علی ان القرء بمعنی الحیض فهی صحیحه الحلبی عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «عده التی تحیض و یستقیم حیضها ثلاثه اقراء، و هی ثلاث حیض»(۲) و مثلها صحیحه ابی بصیر(۳) و حملهما الشیخ علی التقیه وعلی بعض المحامل و هی وان کانت تبرعیه الّا ان حمله ایه شذوذها و عدم موثوقیتها, قلت: و تضمّنتا کون العدّه ثلاثه أقراء أی الحیض، و التعبیر صحیح لکن الأصل غیر صحیح فالعدّه لیست بالأقراء بل بالقروء کما هو نص الکتاب وعلیه فتکون مخالفه للکتاب.

فلم تبق منها الّا ثلاث روایات و هی: صحیحه رفاعه، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن المطلّقه حین تحیض، لصاحبها علیها رجعه؟ قال: نعم حتّی تطهر»(۴). و صحیحه محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام) فی الرّجل یطلّق امرأته تطلیقه علی طهر من غیر جماع: یدعها حتّی تدخل فی قرئها الثالث و یحضر غسلها، ثمّ یراجعها و

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۶ح۱
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۲۶ح۳۳
۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۲۶ح۳۴
۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۲۶ح۳۵

يشهد على رجعتها، قال: هو أملك بها ما لم تحلّ لها الصلاه»(١). وخبر الحسن بن زياد، عن الصّادق (عليه السلام) قال: هى ترث و تورث ما كان له الرّجعه بين التطليقتين الأوّلتين حتّى تغتسل»(٢) وقد ردها الشيخ وحمل الاخيرين منها على التقيه و قلنا انه آيه عدم موثوقيتها.

كما و ان الطائفه الاولى مضافا الى عمل الاصحاب بها موافقه للكتاب الكريم اما ببيان ان القرء عباره عن الجمع، و جمع الدم و حبسه يتحقق فى حاله الطهر- كما تشير إلى ذلك صحيحه زراره المتقدمه - فيكون القرء متحققا حاله الطهر أو ببيان ان ظاهر الآيه الكريمه ان مده التربص التى هى ثلاثه قروء تبتدئ من حين الطلاق، و ذلك لا يتم الّا بتفسير القرء بالطهر.

و أمّا خبرعبد اللّه بن ميمون، عن الصّادق (عليه السلام)، عن أبيه عليهما السّلام: قال علىّ (عليه السلام): إذا طلّق الرّجل المرأه فهو أحقّ بها ما لم تغتسل من الثالثه»(٣).

و مرسل إسحاق بن عمّار عن الصّادق (عليه السلام) «جاءت امرأه إلى عمر تسأله عن طلاقها، قال: اذهبى إلى هذا فاسأليه - يعنى عليّا (عليه السلام) - فقالت لعلىّ (عليه السلام): إنّ زوجى قد طلّقنى، قال: غسلت فرجك فرجعت إلى عمر، فقالت: أرسلتنى إلى

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٨ ص: ١٢٧ح٣٦

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٨ ص: ١٢٧ح٣٧

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٨ ص: ١٢٥ح٣١

رجل يلعب، قال: فردّها إليه مرّتين، فی كلّ ذلک ترجع فتقول: يلعب، فقال لها: انطلقی إليه فإنّه أعلمنا قال:فقال لها علیّ (عليه السلام): غسلت فرجک؟ قالت: لا، قال: فزوجک أحقّ ببضعک ما لم تغسلی فرجک»(۱).

فمضافا لضعفهما سندا يردّهما الأخبار المتقدّمه من أنّ مذهبه (عليه السلام) ثلاثه أطهار و أنّ ربيعه الرّأی كذب فی كون ذلک رأيه، و آثار الوضع على الأخير ظاهر مع أنّ الخبرين من أخبار علیّ بن فضّال الذی يروی الشواذّ غالبا.

هذا، و التّهذيب نقل عن شيخه أی المفيد الجمع بين أخبار الأطهار و أخبار الحيض بحمل الأولى على ما لو طلّقها فی أوّل طهرها، و الأخيره على ما لو طلّقها فی آخر طهرها، لكن لا شاهد له.

و ذات الشهور و هی التی لا تحصل لها الحيض المعتاد

(و ذات الشهور و هی التی لا تحصل لها الحيض المعتاد و هی فی سنّ الحيض تعتد بثلاثه أشهر)

و هی المسترابه ويدل على عدتها قوله تعالى: {واللّائِی يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَهُ أَشْهُرٍ وَ اللّائِی لَمْ يَحِضْنَ ...}(۲) و الارتياب فی التی لا تحيض لا

ص:۵۸۰

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۲۵ح۳۲

۲- الطلاق: ۴

يتصور الّا فی المسترابه کما وان قوله تعالی {والمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَهَ قُرُوء}(۱) المراد به حائض مستقیمه الحیض تحیض فی کلّ شهر مرّه، بخلاف الاولی فالمراد به من یرتاب بها فلعلها حامل فاذا مضت ثلاثه اشهر اما ان یتبین حملها والّا فقد بانت و ظاهر الایه یرتبط بالتی یشک بحملها او یأسها و تشمل مطلق المسترابه بالاولویه ومعونه الاخبار.

و الاخبار فی المسأله کثیره، مثل صحیح زراره، عن الباقر (علیه السلام) «أمران أیّهما سبق بانت به المطلّقه المسترابه تستریب الحیض إن مرّت بها ثلاثه أشهر بیض لیس فیها دم بانت به و إن مرّت بها ثلاث حیض لیس بین الحیضتین ثلاثه أشهر بانت بالحیض»(۲) و لا یخفی انه لیس المراد من قوله: بانت بالحیض انها تعتد بثلاث حیضات فانه مخالف لصحاح زراره المتقدمه بل المراد هو انها بدخولها بالحیض الثالث تنتهی عدتها وبقرینه صدرها وهی المسترابه التی لا یکون الحیض ملاکا فی عدتها.

و اما حد المسترابه فقال ابن أبی عمیر بعد روایته للصحیح المتقدم, قال جمیل: و تفسیر ذلک إن مرّت بها ثلاثه أشهر إلّا یوما فحاضت ثمّ مرّت بها ثلاثه أشهر إلّا یوما فحاضت فهذه تعتدّ بالحیض علی هذا الوجه، ولا تعتدّ بالشهور، و إن مرّت

۱- البقره ایه ۲۲۸

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۹۸ح۱

بها ثلاثه أشهر بيض لم تحض فيها فقد بانت ,وعليه فالمراد بالمسترابه من لا تحيض ثلاثه اشهر .

و تعارضـها صـحيحه الحلبى عن ابى عبد اللّه (عليه السـلام): «عده المرأه التى لا تحيض و المستحاضه التى لا تطهر ثلاثه اشهر و عـدّه الّتى تحيض و يسـتقيم حيضـها ثلاـثه قروء، و سـألته عن قوله تعالى {إِنِ ارْتَبْتُم} ما الرّيبه؟ فقال: ما زاد على شـهر فهو ريبه فلتعتد ثلاثه أشهر و لتترك الحيض، و ما كان فى الشّهر لم يزد فى الحيض على ثلاث حيض فعدّتها ثلاث حيض»(۱) الداله على ان المسترابه هى من زاد حيضـها على شـهر وهو ريبه , وعليه فيقع التعارض بينهما ولا شك فى تقدم الاولى لانها موافقه للكتاب فهى القـدر المـتيقن من قـوله تعـالى {إِنِ ارْتَبْتُم}وعلى فرض التساقط فـالمرجع هـو الا ـيه ايضـا ولابـد من احراز الموضوع وهو الارتيـاب وهو لاـ يحرز الّـا مـا لو لم تحض ثلاـثه اشـهر والّا كان تمسـكا بالعام فى الشـبهات المصـداقيه وعليه فتخرج عن كونها مسترابه موضوعا و تكون عدتها بالقروء لعموم ايه القروء لها.

و لاـ يخفى ان ذيلهـا وهو «فعـدّتها ثلاـث حيض» مشـكل كمـا تقـدم و لعـل المراد به تحقق الاطهـار الثلاـث بثلاث حيض يعنى بالـدخول فى الحيض الثـالث بقرينه صـدرها وهى المسترابه التى لا يكون الحيض ملاكا فى عـدتها وبقرينه باقى النصوص والايه والّا كانت مخالفه للكتاب.

۱- وسائل الشيعه ۱۵: ۴۱۲ الباب ۴ من أبواب العدد الحديث ۷

عده الأمه

(و الأمه تعتدّ بطهرين أو خمسه و أربعين يوما)

عند المصنف كما أفتى به المفيد والعمانى، فقال الاول فى الأمه «و فى الطّلاق: إن كانت تحيض فطهران و حيضه مستقيمه، فإذا رأت الدّم فى الحيضه الثانيه حلّت للأزواج» و يشهد له صحيح زراره، عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن حر تحته أمه أو عبد تحته حرّه كم طلاقها و كم عدّتها؟ فقال: السّنّه فى النساء فى الطّلاق، فإن كانت حرّه فطلاقها ثلاث و عدّتها ثلاثه أقراء، و إن كان حرّ تحته أمه فطلاقها تطليقتان و عدّتها قرءان»(۱)حيث جعل عدّه الحرّه ثلاثه أقراء و عدّه الأمه قرءين، و الأقراء فى الحرّه الأطهار، و عبّر بأنّ عدّه الأمه قرءان و هما طهران.

و فيه: انّ الأقراء هى الحيضات ففى الخبر الذى رواه الخاصّه و العامّه أنّ النّبىّ (صلى الله عليه و آله) قال لحائض مضطربه: «دعى الصّلاه أيّام أقرائك» كما وان القروء كما هو لفظ القرآن الاطهار , وعليه فيكون الصحيح من جمله الاخبار المعارضه لكون عده الحره بالاطهار وقد تقدم الجواب عليها , وعلى الاقل يكون مجملا.

خلافا للدّيلمىّ والإسكافىّ فافتيا بالحيضتين و هو الاقوى و تشهد لهما الروايات المستفيضه منها صحيح محمّد بن قيس، عن الباقر (عليه السلام): «طلاق العبد للأمه

۱- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۶۷

تطليقتان و أجلها حيضتان إن كانت ممن تحيض و إن كانت لا تحيض فأجلها شهر و نصف»(۱).

و صحيح محمّد بن مسلم، عنه (عليه السلام) قال: «عدّه الأمه حيضتان و قال: إذا لم تكن تحيض فنصف عدّه الحرّه »(۲) و غيرهما.

و لا يعارضها صحيح زراره المتقدم لاجماله وأخبار الحيضتين مفصّله و القاعده تقتضى حمل المجمل على المبين.

و اما خبر ليث بن البختريّ المرادى: «قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): كم تعتدّ الأمه من ماء العبد؟ قال: حيضه»(۳) فضعيف سندا و قد اعرض الاصحاب عنه.

و مثله فى اعراض الاصحاب عنه صحيح سليمان بن خالد عن الصّادق (عليه السلام): سألته عن الأمه إذا طلّقت ما عدّتها؟ فقال: حيضتان أو شهران حتّى تحيض- الخبر»(۴).

حكم من تأخر حيضها

(و لو رأت الحره الدم فى الأشهر مره أو مرتين انتظرت تمام الأقراء فإن تمّت)

۱- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۶۹

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۷۰ح۴

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۳۵ح۶۷

۴- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۸ص ۱۵۳

لعموم ما دل على ان ذات الاقراء تعتد بالاقراء كما هو مقتضى صحيح زراره الاتى و قد تضمّن أنّه إن مرّت ثلاثه أشهر إلّا يوما فحاضت انتظرت تمام الأقراء(۱) نعم انها تأخذ باقراء بعض نسائها لو تاخر عليها الحيض كما سيعلم.

و تحقيق المسأله انه علم مما تقدم ان المراد بالمسترابه هى من يرتاب بها فلعلها حامل فاذا مضت ثلاثه اشهر اما ان يتبين حملها و الّا فقد بانت فالقدر المتيقن من المسترابه هى من لا تحيض ثلاثه اشهر على الاقل و عليه فغير المسترابه مشموله لعموم قوله تعالى {والمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَهَ قُرُوء}(۲) و بذلك يظهر حكم من تحيض لكن تاخر حيضها الّا ان الذى دلت عليه مجموعه من النصوص هو انها تأخذ باقراء بعض نسائها كما فى معتبر محمد بن مسلم(۳) انه «سأل عن عدّه المستحاضه فقال: تنتظر قدر أقرائها أو تنقص يوما فإن لم تحض فلتنظر إلى بعض نسائها فلتعتدّ بأقرائها»(۴) و به عمل الفقيه(۵) و هو لا يتنافى مع ما دل على ان عدتها ثلاثه قروء بل هى حاكمه عليها و مفسره لها.

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۱۸ح۸

۲- البقره ايه ۲۲۸

۳- و سند الصدوق اليه ضعيف ب عليّ بن أحمد بن عبد اللّه ابن أحمد بن أبى عبد اللّه البرقى عن أبيه وهما مهملان , الا ان الشيخ والصدوق نقلا الخبر بلفظ وسأل محمد بن مسلم فنقله عنه بشكل قطعى مضافا الى ان الصدوق ينقل عن الكتب التى هى ثابته ومقطوعه وعليه فلا اشكال فى سنده.

۴- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۸ ص۱۲۱ ح۱۷

۵- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۵۱۴

و یؤیده خبر أبی الصبّاح الکنانیّ، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن الّتی تحیض کلّ ثلاثه أشهر مرّه کیف تعتدّ؟ فقال: تنتظر مثل قرئها الذی کانت تحیض فیه فی الاستقامه فلتعتدّ ثلاثه قروء ثمّ لتتزوّج إن شاءت»(۱) الّا ان الشیخ رواه بلفظ «عن الّتی لا تحیض کلّ ثلاثه سنین إلّا مرّه واحده کیف تعتدّ؟ قال: تنتظر مثل قروئها الّتی کانت تحیض فی استقامتها و لتعتدّ بثلاثه قروء ثمّ لتتزوّج إن شاءت»(۲) و رواه الفقیه مثل التهذیب(۳) و الأصل فیها واحد قطعا و لم یقل أحد بالعمل به فی ما إذا کانت تحیض فی کلّ ثلاث سنین بل لا ریب أنّ فی مثله تعتدّ بثلاثه أشهر لانها من مصادیق قوله تعالی {واللّائِی لَمْ یَحِضْن..} و عدتهن ثلاثه اشهر و علیه فنسخه ثلاث سنین مخالفه للکتاب العزیز وبذلک یظهر الجواب عن صحیح أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام) فی الّتی لا تحیض إلّا فی ثلاث سنین أو أکثر من ذلک، قال: فقال: مثل قروئها الّتی کانت تحیض فی استقامتها و لتعتدّ ثلاثه قروء و تتزوّج إن شاءت»(۴).

و صحیح الحلبی: سئل الصّادق (علیه السلام) «عن الّتی لا تحیض کلّ ثلاثه سنین إلّا مرّه واحده کیف تعتدّ؟ قال: تنتظر مثل قروئها الّتی کانت تحیض فی استقامتها و لتعتدّ

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)ج ۶ص ۹۹ باب عده المسترابه
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۸ ص۱۲۲ح۱۹
۳- الفقیه (فی ۸ من أخبار التاسع من أبواب طلاقه)
۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۸ ص۱۲۱ ج۱۸

بثلاثه قروء، ثمّ لتتزوّج إن شاءت»(۱) وغيرهما ومن المظنون قويا انها وقع فيها تصحيف كما حصل فی خبر الكنانی وان الصحيح «ثلاثه اشهر» بدلا عن ثلاثه سنين.

نعم تتعارض مع طائفه من الاخبار مثل صحيح محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السّلام «أنّه قال فی الّتی تحيض فی كلّ ثلاثه أشهر مرّه أو فی ستّه أو فی سبعه أشهر، و المستحاضه الّتی لم تبلغ الحيض، و الّتی تحيض مرّه و ترتفع مرّه، و الّتی لا تطمع فی الولد، و الّتی قد ارتفع حيضها و زعمت أنّها لم تيأس، و الّتی ترى الصفره من حيض ليس بمستقيم فذكر أن عدّه هؤلاء كلّهنّ ثلاثه أشهر»(۲) الدال على ان عدتها ثلاثه اشهر.

و فيه: انه لا يخلو من تشويش و ابهام فرواه الفقيه و فيه بدل «أو فی ستّه أو فی سبعه أشهر» «أو فی كلّ سنّه مرّه»، و فيه «و المستحاضه، و الّتی لم تبلغ، و الّتی تحيض مرّه و يرتفع حيضها مرّه»(۳)، و رواه التّهذيب لكن فيه «أشهر» بعد «ستّه» فی نسخه و فيه «و المستحاضه، و الّتی لم تبلغ المحيض، و الّتی تحيض مرّه و يرتفع مرّه»(۴) وفيه ايضا امور مبهمه فهل الّتی لم تبلغ حكمها ان تعتد ثلاثه اشهر؟ وما

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۸ ص۱۲۲ح۲۰

۲- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۹۹ح۵

۳- الفقيه فی ۶ من طلاق الّتی لم تبلغ المحيض، ۹ من طلاقه.

۴- ا لتّهذيب فی ۱۱ من عدده.

المراد بالّتی لا ـ تطمع فی الولد حتی تعتد ثلاثه اشهر؟ مضافا الی انه جعل الملاک الحیض فی الثلاثه اشهر و هو معارض بما تقدم الذی قلنا بموافقته للکتاب و علیه فلا وثوق به .

و مثله فی الدلاله صحیح أبی بصیر «الّتی یطلّقها زوجها و هی تحیض کلّ ثلاثه أشهر حیضه، فقال: إذا انقضت ثلاثه أشهر انقضت عدّتها یحسب لها لکلّ شهر حیضه»(۱).

و صحیح أبی مریم، عن الصّادق (علیه السلام): «عن الرّجل کیف یطلّق امرأته و هی تحیض فی کلّ ثلاثه أشهر حیضه واحده؟ قال: یطلّقها تطلیقه واحده فی غرّه الشّهر فإذا انقضت ثلاثه أشهر من یوم طلّقها فقد بانت منه و هو خاطب من الخطّاب»(۲).

اقول: و هی مخالفه للکتاب کما تقدم من ان عده المطلقه اما بالقروء ان لم تکن مسترابه او بالاشهر اذا کانت مسترابه هذا و حملها التّهذیب علی امرأه کانت لها عاده تحیض فی کلّ شهر حیضه. قلت: وهو حمل تبرعی لکنه یکشف عن کون هذه الروایات لم تکن معروفه ومعتبره والّا لما ردها الشیخ.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ص ۹۹ باب عده المسترابه

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)ج ۸ ص۱۲۰ باب۶ عدد النساء

(و الّا صبرت تسعه أشهر أو سنه، فان وضعت ولدا أو اجتمعت الأقراء فذاك، و الّا اعتدت بعدها بثلاثه أشهر الّا أن يتمّ الأقراء قبلها)

استدلّ الشيخ فی التّهذيب لما فی المتن بموثق عمّار السّاباطیّ عن الصّادق (عليه السلام): «سئل عن رجل عنده امرأه شابّه و هی تحيض فی كلّ شهرين أو ثلاثه أشهر حيضه واحده كيف يطلّقها زوجها؟ فقال: أمرها شديد، تطلّق طلاق السّنّه تطليقه واحده على طهر من غير جماع بشهود، ثمّ تترک حتّی تحيض ثلاث حيض متی حاضت فإذا حاضت ثلاثا فقد انقضت عدّتها، قيل له: و إن مضت سنه و لم تحض فيها ثلاث حيض؟ قال: إذا مضت سنه و لم تحض ثلاث حيض يتربّص بها بعد السّنه ثلاثه أشهر، ثمّ قد انقضت عدّتها، قيل: فإن مات أو ماتت؟ فقال:أيّهما مات ورث صاحبه ما بينه و بين خمسه عشر شهرا»(۱) وقد تضمّن انتظار السّنّه، ثمّ انتظار ثلاثه أشهر، و بالجميع أی «خمسه عشر شهرا» تنقضی عدّتها.

و فيه: مضافا الى اعراض الاصحاب عنها ان اخباره شاذه لا يوثق بها .

و استدل ايضا بخبر سوره بن كليب: «سئل أبو عبد اللّه (عليه السلام) عن رجل طلّق امرأته تطليقه على طهر من غير جماع بشهود طلاق السّنّه و هی ممّن تحيض فمضی ثلاثه أشهر فلم تحض إلّا حيضه واحده، ثمّ ارتفعت حيضتها حتّی مضت ثلاثه أشهر أخری و لم تدر ما رفع حيضتها؟ قال: إن كانت شابّه مستقيمه الطّمث فلم

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۹۸ح۱

تطمث فی ثلاثه أشـهر إلّا حیضه، ثمّ ارتفع طمثها فلا تدری ما رفعها فإنّها تتربّص تسـعه أشـهر من یوم طلّقها، ثمّ تعتدّ بعد ذلک ثلاثه أشـهر ثمّ تتزوّج إن شاءت»(۱)وقد تضـمّن الاعتداد بثلاثه أشـهر بعد تسـعه أشـهر و هی العدّه و تضمّن أنّها لو حاضت فی ثلاثه أشهر مرّه ثمّ ارتفع حیضها لم تکتف بثلاثه أشهر بیض، بل لا بدّ من مضیّ تسعه أشهر، ثمّ الاعتداد بثلاثه.

و فیه: انه لم یعمل به أحد حتّی الشیخ الذی جعله مستنده .

هـذا و قـد تضـمن خبر عمّار أنّ ثلاثه قروء الّتی هی العدّه لو طالت إلی خمسه عشـر شـهرا تکون الخمسه عشـر من تلک الحیثیّه عدّه، و تضـمن خبر سوره تضمّن أنّ التسعه الأولی لا أثر لها لو لم تحض فیها ثلاثه، و إنّما تکون العدّه بثلاثه أشهر بیض بعدها، وکلاهما شاذان.

و بالجمله الخبران تضمّنا الجمع بین مدّه أکثر الحمل و هو التسعه فی الصحیح و أقلّه و هو ستّه مع أنّ العدّه إنّما هو لتبیّن هل هی حامل أم لا، و الحمل یتبیّن فی ثلاثه أشهر.

حصیله البحث:

ص:۵۹۰

۱- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۳۲۳ح۲

لا عدّه على من لم يدخل بها الزّوج إلّا فى الوفاه فتجب أربعه أشهرٍ و عشره أيّام سواءً كانت حرّهً ام أمهً و سواءٌ دخل بها أم لا، و فى باقى الأسباب تعتدّ ذات الأقراء المستقيمه الحيض « و هى من تحيض فى كلّ شهر مرّه فى مقابل ذات الشهور » مع الدّخول بثلاثه أطهارٍ، و ذات الشّهور و هى الّتى لا يحصل بها الحيض المعتاد و هى فى سنّ الحيض بثلاثه أشهرٍ و هى المسترابه، و الأمه بحيضتين أو خمسهٍ و أربعين يوماً، و لو رأت الدّم فى الأشهر مرّهً أو مرّتين انتظرت تمام الأقراء، فذات الاقراء تعتد بالاقراء , نعم انها تأخذ باقراء بعض نسائها لو تاخر عليها الحيض .

عده الغائب عنها زوجها

قال الشيخ فى نهايته: «و إذا طلّقها و هو غائب فلتعتدّ من يوم طلّقها و يكون عدّتها بالشهور ثلاثه أشهر فإن كان قد انقضى ثلاثه أشهر من يوم طلّقها جاز لها أن تتزوّج فى الحال و إن لم يكن قد انقضى ذلك كان عليها أن تستوفى المدّه و قد بانت منه، هذا إذا قامت البيّنه لها على أنّه طلّقها فى يوم معلوم فإن لم يقم لها بيّنه بأكثر من أنّه طلّقها كان عليها أن تعتدّ من يوم بلغها»(١).

١- النهايه اخر باب العده ص ۵۳۸

و تبعه القاضى فى المهذّب و ابن حمزه فى الوسيله. قال الأوّل: «و إذا أراد طلاقها طلّقها تطليقه واحده فإن فعل ذلک كان أملک برجعته ما لم تخرج من عدّتها و هى ثلاثه أشهر إن كانت ممّن تحيض»(۱).

و قال الثانى: «و الغائب عنها زوجها و إن كانت من ذوات الأقراء كان عليها مثل عدّه الشهور من يوم طلّقها ما لم تشتبه- إلخ»(۲) و هو المفهوم من الكافى و الفقيه.

و قال المفيد فى مقنعته ما معناه «إذا بلغها طلاق زوجها الغائب و قد حاضت ثلاث حيض من يوم طلّقها فقد خرجت من عدّتها»(۳) و هو ظاهر الدّيلمىّ و الحلبىّ و ابن زهره و به قال الحلىّ.

و الاقوى قول الشيخ لاستفاضه اخباره كما فى صحيح بكير قال: «أشهد على أبى جعفر (عليه السلام) أنّى سمعته يقول: الغائب تطلّق بالأهلّه و الشهود»(۴).

و صحيح أبى حمزه الثّمالىّ قال: «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل قال لرجل: اكتب يا فلان إلى امرأتى بطلاقها- أو أكتب إلى عبدى بعتقه- يكون ذلک طلاقا أو عتقا؟ فقال: لا يكون ذلک بطلاق و لا عتق حتّى ينطق به لسانه أو يخطّه بيده و

۱- المهذب فى باب طلاق الغائب، ج۲، ص ۲۸۷

۲- الوسيله ص ۳۲۷

۳- النجعه ج۹ ص ۲۹۵

۴- الكافى (فى أوّل باب طلاق الغائب، ۲۰ من طلاقه)

هو يريد الطّلاق أو العتق و يكون ذلک منه بالأهلّه و الشّهود، و يكون غائبا عن أهله»(۱) و به عمل الفقيه(۲).

و صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج قال: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل تزوّج امرأه سرّا من أهلها و هي في منزل أهلها و قد أراد أن يطلّقها و ليس يصل إليها فيعلم طمثها إذا طمثت و لا يعلم بطهرها إذا طهرت، فقال: هذا مثل الغائب عن أهله يطلّقها بالأهلّه و الشهود قلت: أ رأيت إن كان يصل إليها الأحيان و الأحيان لا يصل إليها فيعلم حالها كيف يطلّقها؟ فقال: إذا مضى له شهر لا يصل إليها فيه يطلّقها إذا نظر إلى غرّه الشّهر الآخر بشهود و يكتب الشّهر الذى يطلّقها فيه و يشهد على طلاقها رجلين، فإذا مضى ثلاثه أشهر فقد بانت منه- الخبر»(۳) وبه عمل الفقيه ايضا.

و لا يعارضها ذلک الّا صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): «إذا طلّق الرّجل و هو غائب فليشهد على ذلک فإذا مضى ثلاثه أقراء من ذلک اليوم فقد انقضت عدّتها»(۴) الدال على كون عدّتها الأقراء وهو بعينه رواه الشيخ صحيحا عن محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): «إذا طلّق الرّجل امرأته و هو غائب عنها فليشهد عند

۱- الكافي (في أوّل باب الرّجل يكتب بطلاق امرأته، ۷ من طلاقه)

۲- الفقيه في أوّل طلاق الغائب

۳- الكافي (في باب في الّتي تخفي حيضها، ۲۴ من طلاقه)

۴- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۱۱ح۵

ذلک فإذا مضی ثلاثه أشهر فقد انقضت عدّتها- الخبر»(۱) بلفظ ثلاثه أشهر بدل اقراء و علیه فلا وثوق به ولا تصل النوبه الی التعارض.

حصیله البحث:

و اما عده الغائب عنها زوجها فتکون بالشهور ثلاثه أشهر فإن کان قد انقضی ثلاثه أشهر من یوم طلّقها جاز لها أن تتزوّج فی الحال و إن لم یکن قد انقضی ذلک کان علیها أن تستوفی المدّه و قد بانت منه، هذا إذا قامت البیّنه لها علی أنّه طلّقها فی یوم معلوم فإن لم یقم لها بیّنه بأکثر من أنّه طلّقها کان علیها أن تعتدّ من یوم بلغها .

و عده الحامل وضع الحمل

(و عده الحامل وضع الحمل) لقوله تعالی {وأُولَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ}(۲).

و اختلف فی مقامین: أحدهما أنّ العدّه خصوص الوضع أو أقرب الأجلین من الوضع و مضیّ ثلاثه أشهر، و المشهور الأوّل ذهب إلیه القمّی و العمانیّ و

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۶۱ح۱۱۸

۲- الطلاق ایه ۴

الشیخان و المرتضی و الحلبیّان و القاضی و الحلیّ، و ذهب إلی الثانی الصدوق فی المقنع و ابن حمزه.

و یشهد للمشهور النصوص المستفیضه مثل موثق إسماعیل الجعفیّ، عن الباقر (علیه السلام): «طلاق الحامل واحده فإذا وضعت ما فی بطنها فقد بانت منه»(۱).

و منها صحیح أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام): «طلاق الحبلی (الحامل) واحده و أجلها أن تضع حملها و هو أقرب الأجلین»(۲).

و صحیح الحلبیّ عن الصّادق (علیه السلام): طلاق الحبلی واحده و أجلها أن تضع حملها و هو أقرب الأجلین»(۳) و غیرها.

و لا دلیل للقول الثانی عدا خبر أبی الصبّاح «و عدّتها أقرب الأجلین»(۴).

و فیه: مضافا لضعفه سندا و اعراض المشهور عنه المراد به الوضع الذی أقربهما بشهاده صحیحی أبی بصیر والحلبیّ المتقدمین ففیهما «و أجلها أن تضع حملها و

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۱ح۳
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۲ح۶
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۲ح۸
۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۱ح۲

هو أقرب الأجلين» يعنى هو أقرب فى أقلّه فيمكن أن يكون وضع الحمل بعد لحظه، و أمّا الأشهر الثلاثه فليس لها أقل و أكثر.

هـذا و قـال المرتضـى فى انتصـاره: «ليس القول بالأقرب إجماعنا بل أكثر أصـحابنا يفتى بخلافه و إنّما عوّل من خالف على خبر يرويه زراره عن الباقر (عليه السلام)، و قال: قلنا فى المسائل الموصليّه الفقهيّه ليس بحجّه و على تسليمه تأوّلناه» .

قلت: و ما ذكر من خبر زراره لا وجود له فى المجاميع الروائيه و عليه فهو مرسل كما و انه معرض عنه كما عرفت مما مر.

و ثانيهما: أنّه يشترط فى انقضاء العـدّه بالوضع- الـذى هو إجماعىّ- وضـعه أجمع أم يكفى وضع أحد التوأمين و إن لم يجز لها التزوّج إلّا بعد وضع الأخير؟

ذهب إلى الوضع أجمع الشّيخ فى خلافه و الحلّى و هو ظاهر من لم يتعرّض لكفايه وضع أحدهما كالصدوق و المفيد و الدّيلمىّ و الحلبىّ و ابن زهره، و من لم ينقل عنه خلاف كالعمانى و علىّ بن بابويه، و هو الاقوى.

و ذهب إلى الكفايه الشّيخ فى نهايته و القاضى فى كتابيه و ابن حمزه، و به قال الإسكافىّ و هو ظاهر الكافى حيث روى خبر عبد الرّحمن بن أبى عبد اللّه، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن رجل طلّق امرأته و هى حبلى و كان فى بطنها اثنان

فوضعت واحدا و بقی واحد؟ قال: تبین بالأوّل و لا تحلّ للأزواج حتّی تضع ما فی بطنها»(۱).

و فیه: انه ضعیف سندا وأنّه بوضع الواحد لا یصدق وضع حملهنّ کما هو لفظ الآیه.

(و ان کان علقه)

لصدق وضع حملهنّ بوضعه و لو کان سقطا او مضغه أو علقه کما دل علیه موثق عبد الرّحمن بن الحجّاج، عن أبی الحسن (علیه السلام): سألته عن الحبلی إذا طلّقها زوجها فوضعت سقطا تمّ أو لم یتمّ أو وضعته مضغه، قال: کلّ شیء وضعته یستبین إمّا حمل تمّ أو لم یتمّ فقد أنقضت و إن کانت مضغه»(۲).

و أمّا بالنسبه إلی الوفاه فالواجب الجمع بین آیه {وَ أُولاٰتُ الْأَحْمٰالِ} و آیه {یَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَهَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً} امتثالا لهما, و استناد العمانیّ إلی الأولی فقط بلا وجه و لو أردنا الاقتصار علی إحدیهما کان علی الأخیره أولی لأنّ موردها خصوص الوفاه بخلاف الأولی فإنّها أعمّ.

ص:۵۹۷

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۲ح ۱۰

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۸۲ح ۹

و بـذلک استـفاضت النصوص کمـا فی موثق سـماعه قال: قال: «المتوفّی عنها زوجها الحامل أجلها آخر الأجلین إذا کانت حبلی فتمّت لها أربعه أشـهر و عشرا و لم تضع فإنّ عدّتها إلی أن تضع، و إن کانت تضع حملها قبل أن یتمّ لها أربعه أشهر و عشر تعتدّ بعد ما تضع تمام أربعه أشهر و ذلک أبعد الأجلین»(۱).

و صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام) «قال فی المتوفّی عنها زوجها: تنقضی عدّتها آخر الأجلین»(۲) وغیرهما.

و اما صـحیح محمّـد بن قیس، عن أبی جعفر (علیه السـلام): قضـی أمیر المؤمنین (علیه السـلام) فی امرأه توفّی عنها و هی حبلی فولدت قبل أن تنقضـی أربعه أشـهر و عشـر فتزوّجت فقضـی أن یخلّی عنها، ثمّ لا یخطبها حتّی ینقضی آخر الأجلین- الخبر»(۳) فیحمل إجماله علی تفصیل صحیح محمّد بن مسلم: قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): «المرأه الحبلی المتوفّی عنها زوجها تضع و تزوّج قبل أن تخلو أربعه أشهر و عشر؟ قال: إن کان زوجها الذی تزوّجها دخل بها فرّق بینهما و اعتدّت ما بقی من عدّتها

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۱۳ح۱
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۱۴ح۲
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۱۴ح۵

الأولى و عدّه أخرى من الأخير. و إن لم يكن دخل بها فرّق بينهما و اعتدّت ما بقى من عدّتها و هو خاطب من الخطّاب»(۱).

هذا (فى غير الوفاه و فيها بأبعد الأجلين من وضعه و من الأشهر الأربعه و العشره الأيام)

و قد يستدل له بانه مقتضى الجمع بين قوله تعالى:{وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَ يَذَرُونَ أَزْوٰاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَهَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً }(۲) و قوله تعالى {وَ أُولاٰتُ الْأَحْمٰالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ}(۳) بتقريب ان الحامل مشموله لكلتا الآيتين الكريمتين، و امتثال الامر فيهما لا يحصل الّا بالاعتداد بأبعد الاجلين.

و فيه: ان آيه الاحمال ناظره إلى خصوص المطلقه فلاحظ.

نعم ثبت الحكم فى الاخبار كما فى صحيحه الحلبى عن ابى عبد اللّه (عليه السلام): «الحامل المتوفى عنها زوجها تنقضى عدتها آخر الاجلين»(۴) و غيرها.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۱۴ح۷

۲- البقره: ۲۳۴

۳- الطلاق ايه ۴

۴- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۱۴ح۲

هـذا و لا خلاف من أحد فى كون عدّه الوفاه أبعد الأجلين سوى العمانىّ فقال: «و فى الحمل فى الوجهين جميعا أعنى فى الوفاه و الطلاق فعدّتها أن تضع حملها فإذا وضعت حملها حلّ نكاحها» ولا شاهد له.

عده الصغيره و اليائس

و اما الصـغيره و اليائس فالمشهور بين الاصحاب عدم ثبوت العده عليهما. و خالف فى ذلك المرتضى فأثبتها عليهما(۱), و منشأ الخلاف فى ذلك أمران: الآيه الكريمه و الروايات.

اما الآيه الكريمه: {وَ اللّائِی یَئِسْنَ مِنَ الْمَحِیضِ مِنْ نِسائِکُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَهُ أَشْهُرٍ وَ اللّائِی لَمْ یَحِضْنَ ..} فقـد اسـتدل بها المرتضـى بتقريب انها تـدل على ثبوت العـده ثلاثه أشـهر للآيسات و اللائى لم يحضن. و لا يوجـد ما يحول دون الاخذ بذلك سوى الشرط {إِنِ ارْتَبْتُمْ} فانه لا يتلاءم مع افتراض عدم بلوغ سن الحيض او تجاوزه و لكنه يمكن تفسيره بالجهل، اى ان عدتهن ثلاثه أشهر ان كنتم جاهلين و غير عالمين بمقدارها.

۱- الحدائق الناضره ۲۵: ۴۳۱

و یؤیده ما ورد فی شأن النزول من ان البعض سأل النبی (صلی الله علیه و آله) عن السبب فی عدم ذکر عدد بعض النساء- کالکبار و الصغار و اولات الاحمال- فی القرآن الکریم فنزلت الآیه الکریمه.

هذا هو المقصود من الارتیاب. و لیس المقصود الارتیاب فی انها یائس أو لا، اذ فرض فی الآیه الکریمه الیأس من الحیض، و مع الارتیاب بالمعنی المذکور لا یأس.هذا توضیح ما أفاده قدّس سرّه(۱).

و اما الروایات فهی علی طائفتین، فهناک مجموعه تبلغ أربعا أو أکثر دلت علی عدم ثبوت العده للیائس و الصغیره، کصحیحه حماد بن عثمان عن أبی عبد اللّه (علیه السلام): «سألته عن التی قد یئست من المحیض و التی لا یحیض مثلها، قال: لیس علیها عده»(۲) و غیرها.

و هناک مجموعه تقرب من مقدار الطائفه الاولی دلت علی ثبوت العده علیهما و انها ثلاثه اشهر، کصحیحه الحلبی عن ابی عبد اللّه (علیه السلام):«عده المرأه التی لا تحیض و المستحاضه التی لا تطهر و الجاریه التی قد یئست و لم تدرک الحیض ثلاثه أشهر ...»(۳).

۱- الحدائق الناضره ۲۵: ۴۳۳

۲- وسائل الشیعه ۱۵: ۴۰۴ الباب ۱ من أبواب العدد الحدیث ۳

۳- وسائل الشیعه ۱۵: ۴۰۸ الباب ۲ من أبواب العدد الحدیث ۸

و فيه: اما بالنسبه إلى الآيه الكريمه فالمناسب- لو كان المقصود هو ما ذكره المرتضى فى تفسير معنى الارتياب- التعبير بالجهل دون الارتياب.

و عليه يتعين ان يكون المقصود: ان ارتبتم فى تحقق اليأس لهن واقعا و عدمه فعدتهن ... و لازم ذلك انه مع عدم الارتياب- بان كان يجزم باليأس- فلا عده عليهن لا بالاقراء و لا بالاشهر اذ لا يحتمل ثبوت العده عليهن بشكل آخر.

و التعبير عنهن ب اللّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ وجيه بعد افتراض انهن اشرفن على سن اليأس و احتمل ذلك فى حقهن.

و اما قوله: {وَ اللّائِي لَمْ يَحِضْنَ} فليس من البعيد أن يكون المراد منه: و اللائى لم يحضن ممن دخلتم بهن فعدتهن ثلاثه اشهر لانه لا يجوز الدخول بغير البالغه وعليه فالايه لا تشمل عن غير البالغه بالانصراف عنها لاجل حرمه الدخول بها.

و اما بالنسبه الى الروايات فاذا أمكن الجمع بحمل الثانيه على الاستحباب بقرينه الاولى فلا اشكال.

و اذا لم يمكن ذلك لعدم عرفيه الجمع المذكور يلزم ترجيح الاولى لموافقه الثانيه للتقيه فنقل الجزيرى ان الحنفيه قالوا بثبوت العده على الصغيره. و هكذا المالكيه و الشافعيه قالت بثبوت العده عليها لو كانت تطيق الوطء(1).

۱- الفقه على المذاهب الأربعه ۴: ۴۸۲

و مع التنزل يلزم التعارض و التساقط. و من ثمّ لا يبقى دليل على لزوم العده على اليائس و الصغيره و يكون المرجع هو اطلاقات جواز النكاح. و على جميع التقادير تكون النتيجه واحده.

وجوب الحداد على الزوجه المتوفى عنها زوجها

(و يجب الحداد) وهو لغه: من الحدّ بمعنى المنع، فان الزوجه حيث تمنع نفسها من التزين فهى حاده, فيلزم (على الزوجه المتوفى عنها زوجها) اذا كانت كبيره عاقله الحداد خلال عده الوفاه .

(و هو ترك الزينه من الثياب و الادهان و الطيب الكحل الأسود و الحنّاء)

يعنى كل ما يعدّ زينه بحسب العرف الاجتماعى الذى تعيشه، فيلزم ترك التزين بالكحل و الطيب و الخضاب و الحمره و الملابس التى تعدّ زينه عرفا و ما شاكل ذلك.

كما دلت عليه صحيحه ابن ابى يعفور عن ابى عبد اللّه (عليه السلام): «سألته عن المتوفى عنها زوجها قال: لا تكتحل للزينه و لا تطيب و لا تلبس ثوبا مصبوغا ...»(1) و غيرها, و قد فهم منها الاصحاب حرمه كل ما يعدّ زينه.

۱- وسائل الشيعه ۱۵: ۴۵۰ الباب ۲۹ من أبواب العدد الحديث ۲

و یجوز مثل تنظیف البدن و تمشیط الشعر و ما شاکل ذلک مما لا یعدّ زینه , و ذلک لان الأصل البراءه بعد قصور المقتضی للتحریم. هذا لو لم یستفد من اخبار الحداد نفسها جواز ذلک و الا کانت هی الدلیل، لعدم وصول النوبه الی الاصل العملی بعد فرض وجود الدلیل الاجتهادی.

هذا و قیّد بعض العلماء التزین المنهی عنه بما یعدّ زینه للزوج, و لعله استند فی ذلک الی موثقه عمار الساباطی عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «سأله عن المرأه یموت عنها زوجها هل یحل لها ان تخرج من منزلها فی عدتها؟ قال: نعم و تختضب و تکتحل و تمتشط و تصبغ و تلبس المصبغ و تصنع ما شاءت بغیر زینه لزوج»(۱) لکن کما تقدم ان روایات عمار شاذه لا یعول علیهاکما فی المقام فانها مرمیه بهجران الاصحاب لها لاشتمالها علی جواز صنع ما شاءت بشرط ان لا یکون معدودا من مصادیق الزینه للزوج، و هو مما لا یقول به الاصحاب.

و اما تقیید وجوب الحداد بما اذا کانت الزوجه کبیره عاقله فلأن غیرها لا تکلیف علیها، و وجوب الحداد تکلیفی.

و أمّا ما قیل: من عدم الفرق بین الزّوجه الکبیره و الصغیره فی وجوب الحداد. فالأصل فیه المبسوطان و تبعهما القاضی و ابن زهره و استدلّ المبسوطان له بما روی العامّه، ففی سنن أبی داود عن بنت أمّ سلمه عن أمّها عنه (صلی الله علیه و آله) أنّ امرأه

۱- وسائل الشیعه ۱۵: ۴۵۱ الباب ۲۹ من أبواب العدد الحدیث ۷

أتت النّبیّ (صلی الله علیه و آله) فقال: إنّ ابنتی توفّی عنها زوجها و قد اشتکت عینها فأکحلها؟ فقال: لا»(۱) و لم یسأله هل هی صغیره أو کبیره و هو کما تری فان المنصرف منه کأخبارنا، الکبیره.

(و فی الأمه قولان المروی أنها لا تحدّ)

کما فی صحیح زراره عن الباقر (علیه السلام) «أنّ الأمه و الحرّه کلتیهما إذا مات عنهما زوجهما سواء فی العدّه إلّا أنّ الحرّه تحدّ و الأمه لا تحدّ»(۲)و به أفتی الإسکافیّ و الشیخ فی نهایته و القاضی فی کتابیه، و ذهب فی الخلاف(۳) و المبسوط(۴) و تبعه الحلّی و کذا ابن حمزه إلی وجوبه علیها أیضا استنادا إلی قول النّبیّ (صلی الله علیه و آله): «لا- تحلّ لامرأه تؤمن باللّه و الیوم الآخر أن تحدّ علی میّت فوق ثلاث لیال إلّا علی الزّوج أربعه أشهر و عشرا» و لم یفرّق، و أجاب عنه المختلف بأنّه لم یصل الخبر إلینا مسندا و إنّما رواه الشیخ مرسلا.

قلت: الخبر مسند لکنه عامیّ رواه أبو داود فی سننه «عن ابن القاسم، عن مالک، عن عبد اللّه بن أبی بکر، عن حمید بن نافع، عن زینب بنت أبی سلمه، عن أمّ

ص:۶۰۵

۱- النجعه ج۹ ص۳۰۳

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)؛ ج ۶، ص: ۱۷۰؛ باب عده الأمه المتوفی عنها زوجها.

۳- الخلاف؛ ج ۵، ص: ۷۴

۴- المبسوط ۶: ۶۰

حبیبه، عن النّبیّ (صلی الله علیه و آله)، و عن زینب بنت جحش، عن النّبیّ (صلی الله علیه و آله) » و لفظ کلّ منهما «إلّا علی زوج» منکّرا و حینئذ فالصّواب فی الجواب أن یقال: إنّه لو کان من أخبارنا و کان صحیح السّند یخصّص بذاک الخاصّ فکیف و هو عامّی.

و أمّا خبر مسمع بن عبد الملک، عن الصّادق، عن علیّ علیهما السّلام المطلّقه تحدّ کما تحد المتوفّی عنها زوجها و لا تکتحل و لا تطیّب و لا تختضب و لا تمتشط»(۱) الدال علی وجوب الحداد علی المطلقه فهو مضافا الی ضعف سنده شاذ مضافا الی ان الشیخ نقله عن الکافی و لا وجود له فیه و عدم حداد المطلّقه مسلّم بل المستحبّ لها الزّینه إذا کانت رجعیّه کما فی معتبر أبی بصیر عن أبی عبد اللّه (ع) فی المطلَّقه تعتدُّ فی بیتها و تُظهِر له زینتها لَعَلَّ اللَّهَ یُحْدِثُ بَعْدَ ذٰلِکَ أَمْرا»(۲) و غیره.

حصیله البحث:

و عدّه الحامل وضع الحمل و إن کان علقهً فی غیر الوفاه و فیها بأبعد الأجلین من وضعه و من الأشهر، و المراد من بالوضع وضعه أجمع فلا یکفی وضع أحد التوأمین, و یجب الحداد علی الزّوجه المتوفّی عنها زوجها اذا کانت کبیره عاقله

ص:۶۰۶

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۸ص ۱۶۰

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۲، ص: ۲۱۷باب۲۱ من ابواب العدد ح۱والایه من سوره الطلاق ایه۱

و هو ترک الزّینه من الثّیاب و الأدهان و الطّیب و الکحل الأسود، و لا حداد علی الأمه, و لا عده علی الصغیره و الیائس .

و المفقود إذا جهل خبره وجب علیها التربص

(و المفقود إذا جهل خبره) و کان لزوجته من ینفق علیها (وجب علیها التربص) إلی أن یحضر أو تثبت وفاته أو ما یقوم مقامها کما فی صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام) «أنّه سئل عن المفقود فقال: المفقود إذا مضی له أربع سنین بعث الوالی أو یکتب إلی النـاحیه الّتی هو غائب فیها، فإن لم یوجد له أثر أمر الوالی ولیّه أن ینفق علیها فما أنفق علیها فهی امرأته، قال: قلت: فإنّها تقول أرید ما ترید النّساء؟ قال: لیس لها ذلک و لا کرامه، فإن لم ینفق علیها ولیّه أو وکیله أمره أن یطلّقها فکان ذلک علیها طلاقا واجبا»(۱).

(و إن لم یکن لها ولی ینفق علیها) و لا- متبرع فإن صبرت فلا کلام و إن رفعت أمرها إلی الحاکم بحث عن أمره (و طلب أربع سنین) من حین رفع أمرها إلیه (ثم یطلقها الحاکم بعدها)

أی بعد المده و رجوع الرسل أو ما فی حکمه عند المصنف و لا دلیل علیه عدا عموم ولایه الحاکم و الاقوی ان الحاکم یأمر ولی المفقود به لأنه مدلول الأخبار الصحیحه نعم لو امتنع طلق الحاکم لانه ولی الممتنع و یؤید ذلک خبر أبی الصبّاح

ص:۶۰۷

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۴۷ح۱

الکنانیّ، عن الصّادق (علیه السلام) «فی امرأه غاب عنها زوجها أربع سنین و لم ینفق علیها و لا تدری أ حیّ هو أم میّت أ یجبر ولیّه علی أن یطلّقها؟ قال: نعم، و إن لم یکن له ولیّ طلّقها السّلطان، قلت: فإن قال الولیّ أنا أنفق علیها، قال: فلا یجبر علی طلاقها، قال: قلت: أ رأیت إن قالت: أنا أرید ما ترید النّساء و لا أصبر و لا أقعد کما أنا، قال: لیس لها ذلک و لا کرامه إذا أنفق علیها»(1).

(و تعتد) بعد الطلاق و یدل علی ذلک صحیح الحلبی المتقدم و صحیح برید بن معاویه: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن المفقود کیف یصنع بامرأته؟ قال: ما سکتت عنه و صبرت یخلّی عنها فإن هی رفعت أمرها إلی الوالی أجّلها أربع سنین، ثمّ یکتب إلی الصقع الذی فقد فیه فلیسئل عنه، فإن خبّر عنه بحیاه صبرت و إن لم یخبر عنه بشی حتّی یمضی الأربع سنین دعی ولیّ الزّوج المفقود فقیل له: هل للمفقود مال؟ فإن کان له مال أنفق علیها حتّی یعلم حیاته من موته، و إن لم یکن له مال قیل للولیّ: أنفق علیها فإن فعل فلا سبیل لها إلی أن تتزوّج ما أنفق علیها و إن لم ینفق علیها أجبره الوالی علی أن یطلّق تطلیقه فی استقبال العدّه و هی طاهر فیصیر طلاق الولیّ طلاق الزّوج فإن جاء زوجها من قبل أن تنقضی عدّتها من یوم طلّقها الولیّ فبدا له أن یراجعها فهی امرأته و هی عنده علی تطلیقتین، فإن انقضت

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۴۸ح۳

العدّه قبل أن يجی ء أو يراجع فقد حلّت للأزواج و لا سبيل له عليها»(۱) وبه عمل الفقيه(۲) وغيرها من الاخبار.

(و المشهور) بين الأصحاب (أنها تعتد عده الوفاه)

بـدليل موثق سـماعه: «سألته عن المفقود، فقال: إن علمت أنّه فی أرض فهی منتظره له أبـدا حتّی يأتيها موته أو يأتيها طلاقه و إن لم تعلم أين هو من الأرض و لم يأتها منه كتاب و لا خبر فإنّها تأتی الإمام فيأمرها أن تنتظر أربع سـنين فيطلب فی الأرض فإن لم يوجد له أثر حتّی تمضـی الأربع سـنين أمرها أن تعتدّ أربعه أشـهر و عشرا، ثمّ تحلّ للرّجال فإن قدم زوجها بعد ما تنقضی عدّتها فليس له عليها رجعه و إن قدم و هی فی عدّتها أربعه أشهر و عشرا فهو أملك برجعتها»(۳) الداله على عدم احتياجها الى الطلاق.

و اما ما نسبه الفقيه إلى الروايه فقال: «و فی روايه أخری أنّه إن لم يكن للزوج ولیّ طلّقها الوالی و يشهد شاهدين عدلين فيكون طلاق الوالی طلاق الزّوج و تعتدّ أربعه أشهر و عشرا، ثمّ تتزوّج إن شاءت»(۴) و لم يعمل به فی الفقيه و انما

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۴۷ح۲
۲- من لا يحضره الفقيه ج ۳ ص ۵۴۷ باب طلاق المفقود
۳- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۴۸ح۴
۴- من لا يحضره الفقيه ج ۳ ص ۵۴۷ باب طلاق المفقود

عمل بصحیح برید و أفتی به فی المقنع فقال: «إن لم یکن له ولیّ، طلّقها السّلطان و اعتدّت أربعه أشهر و عشره أیّام» و تبعه ابن حمزه. فهو قول اخر و مستنده مرسل وضعیف.

و بظاهر موثق سماعه عمل الشّیخان و الدّیلمیّ و القاضی و الحلیّ فقالوا: إن لم یعرف له خبر بعد طلب الوالی له أربع سنین، و لیس له ولیّ ینفق علی الزّوجه أمرها السّلطان بعدّه الوفاه، ثمّ تتزوّج.

اقول: و لضعف مستنده نسب المصنف القول به إلی الشهره و ذلک لان موثق سماعه معارض بصحیحی الحلبی و برید و خبر أبی الصبّاح و هی تدل علی کون عدّتها عدّه الطلاق لا الوفاه و بها أفتی الإسکافیّ فقال: «إن لم یأت خبره بعد أربع سنین و لم ینفق ولیّه أمره السّلطان بالطّلاق فإن طلّق کان کطلاق الزّوج» و زاد فقال: «و إن لم یطلّق، أمرها ولیّ المسلمین أن تعتدّ، فإن جاء الزّوج فی العدّه فهو أحقّ بها و کانت عنده علی تطلیقتین باقیتین، فإن انقضت عدّتها قبل أن یجی ء أو یراجع فقد حلّت للأزواج» لکن لاقیمه لهذه الشهره و ذلک لعدم اعراض الاصحاب عن صحیحی الحلبی و برید مع ان الراوی لهما ابن ابی عمیر وحماد و برید و هم من اصحاب الاجماع ورواهما المشایخ الثلاثه کما وانهما هما الموافقان للکتاب دون موثق سماعه و ذلک لان المفقود غائب و لیس بمیت و لا دلیل علی ان حکمه حکم المیت و بذلک یظهر ضعف موثق سماعه لمخالفته للکتاب , و علیه فالاقوی ان عدتها عده المطلقه الغائب عنها زوجها وقد تقدمت.

(و تباح) بعد العده (للأزواج)

لدلاله الأخبار المتقدمه عليه و لأن ذلک هو فائده الطلاق .

(فإن جاء) المفقود (فی العده فهو أملک بها و إلّا) یجی ء فی العده (فلا سبیل له علیها) سواء وجدها قد (تزوجت) بغیره (أو لا)

خلافا للمفید و الشیخ فی نهایته و خلافه و القاضی فقالوا: «إن جاء الزّوج و لم تتزوّج کان أملک بها» و ذهب الإسکافیّ و الصّدوق و الدّیلمیّ و الشیخ فی مبسوطه و ابن حمزه و الحلّی إلی عدم سبیله علیها بعد العدّه، و هو الصحیح لعدم دلیل علی حقّ رجوع له بعد العدّه، بل دلّ صحیح برید علی عدم حقّ رجوعه بعد العدّه.

(و علی الإمام أن ینفق علیها من بیت المال طول المده)

أی مده الغیبه إن صبرت و مده البحث إن لم تصبر کما دل علی ذلک صحیح برید فقد تضمّن انّه إن کان للزّوج مال ینفق علیها من ماله و لو لم یکن له مال أنفق الولیّ فلا۔ تحتاج إلی بیت المال، نعم لو لم یکن له مال و لم ینفق الولیّ نقول بالعمومات من أن الامام ینفق علیها.

ص:۶۱۱

فرعان

۱- و يجب على زوجه المفقود خبره الصبر و ليس لها المطالبه بالطلاق اذا علم ببقائه حيا و يكفى لإثباته القصور فى مقتضى ثبوت الولايه للحاكم. و مع التنزل فالمانع ثابت و هو صحيحه بريد بن معاويه المتقدمه.

۲- و يجوز لزوجه الغائب اذا حصل لها العلم بموت زوجها الزواج بعد العده من دون حاجه الى مراجعه الحاكم نعم لا يجوز لمن يريد الزواج بها الاعتماد على علمها, و ذلك لحجيه العلم و شمول أدله جواز تزوج المتوفى زوجها بعد العده لها.

و اما انه لا يجوز لمن يريد الزواج بها الاعتماد على علمها فلان علم كل شخص حجه فى حق نفسه خاصه، و استصحاب بقاء الزوج على قيد الحياه جار فى حقه.

حصيله البحث:

و المفقود إذا جهل خبره وجب عليها التّربّص إلى أن يحضر أو تثبت وفاته, فإذا مضى له أربع سنين بعث الوالى أو يكتب إلى الناحيه الّتى هو غائب فيها، فإن لم يوجد له أثر أمر الوالى وليّه أن ينفق عليها فما أنفق عليها فهى امرأته فإن لم ينفق عليها وليّه أو وكيله أمره أن يطلّقها و كان ذلك عليها طلاقا واجبا نعم لو امتنع طلق الحاكم , و الاقوى ان عدتها عده المطلقه الغائب عنها زوجها و تباح للأزواج،

ص:۶۱۲

فإن جاء فی العدّه فهو أملك بها و إلّا فلا سبیل له علیها تزوّجت أم لا، و علی الإمام أن ینفق علیها من بیت المال طول المدّه, و یجب علی زوجه المفقود خبره الصبر و لیس لها المطالبه بالطلاق اذا علم ببقائه حیا , و یجوز لزوجه الغائب اذا حصل لها العلم بموت زوجها الزواج بعد العده من دون حاجه الی مراجعه الحاکم نعم لا یجوز لمن یرید الزواج بها الاعتماد علی علمها .

و لو أعتقت الأمه فی أثناء العده أكملت عدّه الحرّه

(و لو أعتقت الأمه فی أثناء العده أكملت عدّه الحرّه ان كان الطلاق رجعیا)

عند المصنف و یدلّ علی جمیع ما ذكره صحیح هشام بن سالم، عن الصّادق (علیه السلام) «فی أمه طلّقت، ثمّ أعتقت قبل أن تنقضی عدّتها، قال: تعتدّ بثلاث حیض فإن مات عنها زوجها، ثمّ أعتقت قبل أن تنقضی عدّتها فإن عدّتها أربعه أشهر و عشرا»(۱).

و فیه: انه من جمله ما دل علی ان العده بثلاث حیضات و قد تقدم ان الاقوی خلافه كما و انه معارض بصحیح الحسن بن محبوب عن ابی ایوب الخزاز عن مهزم، عن الصّادق (علیه السلام) «فی أمه تحت حرّ طلّقها علی طهر بغیر جماع تطلیقه، ثمّ أعتقت بعد ما طلّقها بثلاثین یوم [یوما ظ] و لم تنقض عدّتها، فقال: إذا أعتقت

۱- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۵۴۳ باب طلاق العبد

قبل أن تنقضى عدّتها اعتدّت عدّه الحرّه من اليوم الذى طلّقها فيه و له عليها الرّجعه قبل انقضاء العدّه، فإن طلّقها تطليقتين واحده بعد واحده ثمّ أعتقت قبل انقضاء عدّتها، فلا رجعه له عليها و عدّتها عدّه الأمه»(۱) الدال على التفصيل فى عتقها فى الأثناء بين الطّلاق الرّجعى فكالحرّه و غيره فكالأمه و به عمل الشيخ فى التهذيب و جعله شاهدا لحمله، و إنّما حكم بعدم الرّجوع فى التّطليقه الثانيه لأنّ طلاق الأمه مرّتان، لكن يلزم تقييد المطلقه الرجعيه التى له عليها الرّجعه قبل انقضاء العدّه بما إذا شاءت المعتقه، لأنّها لو أعتقت و لم تطلّق يكون لها الخيار كما تقدم الكلام عنه(۲).

و يكون شاهد جمع بين صحيح جميل، عن الصّادق (عليه السلام) «فى الأمه كانت تحت رجل فطلّقها، ثمّ أعتقت؟ قال: تعتدّ عدّه الحرّه»(۳) بحمله على الرجعى لان النسبه بينه و بين الاول العموم و الخصوص المطلق و الخاص يخصص العام.

و موثق محمّد بن مسلم عن الباقر (عليه السلام) «إذا طلّق الحرّ المملوكه، فاعتدّت بعض عدّتها منه، ثمّ أعتقت فإنّها تعتدّ عدّه المملوكه»(۴) بحمله على غير الرجعى لان النسبه بينه و بين الاول العموم و الخصوص المطلق و الخاص يخصص العام و عليه فالاقوى ما فصله الشيخ.

ص:۶۱۴

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۳۶ح ۷۰
۲- ص ۲۰۲-۲۰۴
۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۳۵ح۶۸
۴- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۳۵ح۶۹

(أو عده وفاه)

حتى على القول بان عده الامه المتوفى عنها زوجها نصف الحره فانها حيث اعتقت كانت عدتها عده الحره .

عده الذمّيه فى الطلاق

(و الذمّيه كالحرّه فى الطلاق)

عنـد المصـنف قال فى الجواهر: «بلا خلاف محقق أجـده و إن نسبه الفاضل إلى بعض الأصـحاب، و لكن قد اعترف غير واحد بعدم معرفته، بل عن بعضهم الإجماع عليه، لإطلاق الأدله - الى ان قال- و إليها أشار المصنف بقوله:

(و فى روايه تعتـد عـده الأـمه و هى) روايه (شاذه) لم نتحقق بها عاملا، بل ظاهر الجميع أو صـريحهم خلافها، فلا تصـلح مقيـده لإطلاـق الأـدله من الكتـاب و السـنه المؤيـد بالاحتيـاط و الاستصـحاب، فمـا فى الحـدائق تبعا لما حكاه عن سـيد المـدارك من الإشكال فى ذلك فى غير محله، بل هو ناش عن اختلال الطريقه»(١).

اقول: ما قاله صاحب الجواهر من عـدم الخلاف فصـحيح بين المتأخرين و اما المتقدمين فلم يتعرضوا للمسأله و ان تعرض الشـيخ بالنسبه الى المتوفى عنها

ص:۶۱۵

١- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٢، ص: ٣١٣

زوجها اذا كانت يهوديه او نصرانيه, و اما المطلقه فلم يعنونوها اصلا بل الظاهر من الكليني ان عدتها عده الامه لروايته صحيح زراره، عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن نصرانيّه فطلّقها هل عليها عدّه منه مثل عدّه المسلمه، فقال: لا لأنّ أهل الكتاب مماليك للإمام ألّا ترى أنّهم يؤدّون الجزيه كما يؤدى العبد الضريبه إلى مولاه، قال: و من أسلم منهم حرّ تطرح عنه الجزيه، قلت: فما عدّتها إن أراد المسلم أن يتزوّجها، قال: عدّتها عدّه الأمه حيضتان أو خمسه و أربعون يوما قبل أن تسلم»(۱) الدال على ان عدتها كعده الامه و لا معارض له إلّا عموم الأدله من الكتاب و السنه المتضمنه لاعتداد المطلقه بثلاثه قروء، أعم من أن تكون مسلمه أو ذميه، و تخصيص هذه العمومات بالصحيحه المذكوره غير عزيز , و عليه فالاقوى ان عدتها عده الامه.

عده الذمّيه فی الوفاه

(و الوفاه على الأشهر)

ص:۶۱۶

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۷۴ح ۱

لا اختلاف فی کون عدّه الذمیه فی الوفاه کالمسلمه الحرّه کما فی صحیح یعقوب السرّاج، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن النّصرانیّه مات عنها زوجها و هو نصرانیّ ما عدّتها؟ قال: عدّه الحرّه المسلمه أربعه أشهر و عشرا»(۱) و غیره.

حصیله البحث:

لو أعتقت الأمه فی أثناء العـدّه أکملت عـدّه الحرّه إن کان الطّلاق رجعیّاً أو عدّه وفاهٍ، فإن طلّقها تطلیقتین واحده بعد واحده ثمّ أعتقت قبل انقضاء عدّتها، فلا رجعه له علیها و عدّتها عدّه الأمه , و الذّمّیّه کالامه فی الطّلاق و الوفاه .

عده الامه من وفاه زوجها و سیّدها عدّه الحره

(و تعتد أم الولد من وفاه زوجها و سیّدها عدّه الحره)

بل الاقوی مطلق الامه المزوجه او التی یطأها سـیدها, أمّا من الزّوج فیشـهد لذلک اطلاق صحیح زراره، عن الباقر (علیه السلام): «أنّ الأمه والحره إذا مات عنهما زوجهما سواء فی العدّه، إلّا أنّ الحرّه تحدّ و الأمه لا تحدّ»(۲) الشامل لام الولد وغیرها.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۷۵ح۳

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۷۰ح۱

و یدل علی خصوص ذات الولد صحیح سلیمان بن خالد عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن الأمه: إذا طلّقت ما عدّتها؟ فقال: حیضتان أو شهران حتّی تحیض، قلت: فإن توفّی عنها زوجها؟ فقال:إنّ علیّا (علیه السلام) قال فی أمّهات الأولاد: لا یتزوّجن حتّی یعتددن أربعه أشهر و عشرا و هنّ إماء»(۱).

و فیه: انه اشتمل علی ان عدتها شهران اذا لم تحض و قد تقدم اعراض الاصحاب عنه کما و ان الاستدلال به باختصاص ذلک بام الولد غیر صحیح و انه من مفهوم اللقب فانّ علیّا (علیه السلام) قال فی أمّهات الأولاد ذلک و سکت عن غیرهن , و علی فرض ظهوره لا یعارض صحیح زراره الذی دلالته بالنص.

و أمّا من السیّد فاستدلّ لاختصاص الحکم بام الولد بصحیح إسحاق بن عمّار قال: «سألت أبا إبراهیم (علیه السلام) عن الأمه یموت سیّدها؟ قال تعتدّ عدّه المتوفّی عنها زوجها- الخبر»(۲) و بالاختصاص أفتی الحلبیّان و کذا ابن حمزه.

و فیه: انه لیس فیه اسم من أمّ الولد بل مورده مطلق الأمه و یختص بالتی یطأها سیدها للانصراف، کما قاله الشیخ فی التّهذیب علی ما إذا کان المولی یطأها،

ص:۶۱۸

۱- الکافی ج ۶، ص: ۱۷۰ح۲ و التّهذیب ج۸ ص۱۵۳ بدون «حتّی تحیض» ومثله الاستبصار.

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۷۱ح۲

فقال فی عـدده: «و إذا کان تحت الرّجل أمه یطأها بملک الیمین فمات عنها أو أعتقها بعـد وفاته وجب علیها عدّه الحرّه المتوفّی عنها زوجها»(۱).

و لیس من خبر اخر فی اختصاص العده بأمّ الولد عدا ما قاله المبسوط بعد نقل أقوال العامّه فیها: «و الذی رواه أصـحابنا أنّها تعتدّ عـدّه الحرّه مـن الوفـاه - إلی- و من قـال منهم: تعتـدّ بقرء قـال بعض منهم: هـو طهر و هـو مـذهبنا» و رد علیه ابن ادریس فقـال: «الأولی أن لا عـدّه علیهـا لأنّها لیست زوجه بل باقیه علی الملک إلی الوفاه- إلـخ». و یرده صـحیح اسـحاق المتقـدم انفا و علیه فالاقوی ثبوت الحکم لمطلق الامه التی یطأها سیدها.

و کـذلک المـدبّره الموطوءه و یـدل علی ذلـک مضافـا لعموم مـا تقـدم صـحیح ابن محبوب عن داود الرّقی، عن الصّادق (علیه السـلام) فی المـدبّره إذا مات مولاها أنّ عـدّتها أربعه أشـهر و عشـرا من یوم یموت سیّدها إذا کان یطأها- الخبر»(۲)و نازع ابن إدریس فی ذلک لان جعل عتقها بعـد موته لا یصـدق علیها انها زوجه و العـده مختصه بها کما تدل علیه الآیه. و فیه: انه اجتهاد قبال النص فلا عبره به.

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق خرسان) ج ۸ ص ۱۵۵

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۷۲ح۸

و لو أعتق السيد أمته فثلاثه أقراء

(و لو أعتق السيد أمته فثلاثه أقراء)

اقول: اختلفت الاخبار فی مقدار عدتها ففی معتبر زراره، عن الباقر (علیه السلام) «فی الأمه إذا غشیها سیّدها ثمّ أعتقها فإنّ عدّتها ثلاث حیض فإن مات عنها فأربعه أشهر و عشر»(۱) و لا اشکال فی سنده الّا من جهه موسی بن بکر و قد تقدم ان الاقوی وثاقته و نسب الی المشهور بین الاصحاب العمل بمضمونه و نازع ابن إدریس فی ذلک لان المعتقه غیر مطلقه فلا یلزمها عده المطلقه . و فیه: انه اجتهاد قبال النص.

و فی معتبر أبی بصیر، عنه (علیه السلام) فی خبر: و سألته عن رجل أعتق ولیدته و هو حیّ و قد کان یطأها، فقال: عدّتها عدّه الحرّه المطلّقه ثلاثه قروء»(۲) و القروء هی الاطهار.

و فی صحیح ابن محبوب عن داود الرّقّی، عن الصّادق (علیه السلام) فی خبر «قیل له: فالرّجل یعتق مملوکته قبل موته بساعه أو یوم ثمّ یموت، قال: فقال: هذه تعتدّ

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۷۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ص ۱۷۲ ولا اشکال فی سنده الّا من جهه البطائنی وقد تقدم القول بوثاقته.

بثلاث حیض أو ثلاث قروء من یوم أعنقها سیّدها»(۱) و هو دال علی التخییر بین ثلاثه قروء «وهی ثلاثه اطهار» او ثلاث حیضات , و یکون شاهد جمع بین معتبر زراره و معتبر ابی بصیر لکن قیل: و کأنّ الرّاوی کان متردّدا فی سماعه لفظ «قروء» أو «حیض» فجمع بینهما. قلت: هو خلاف الظاهر فلا یصار الیه.

و فی صحیح الحلبی عنه (علیه السلام) «فی رجل کانت له أمه فوطئها، ثمّ أعتقها و قد حاضت عنده حیضه بعد ما وطئها، فقال: تعتدّ بحیضتین، قال ابن أبی عمیر: قلت: و هو الرّاوی عن حمّاد عن الحلبی: و فی حدیث آخر تعتدّ بثلاث حیض»(۲).

قلت: ولا تنافی بینهما لأنّه إذا کانت حیضه عنده قبل عتقها و تحیض بعدها حیضتین تصیر ثلاثا أیضا.

و وردت العده بالاشهر ایضا کما فی صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام): «قلت له: الرّجل تکون تحته السّرِیّه فیعتقها، فقال: لا یصلح لها أن تنکح حتّی تنقضی عدّتها ثلاثه أشهر، و إن توفّی عنها مولاها فعدّتها أربعه أشهر و عشر»(۳) و غیره. و یجمع بینها و بین ما تقدم بحمل الاولی علی من تحیض وحمل الثانیه علی من لا تحیض.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۷۲ح۸
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۷۱ح۴
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۷۱ح۳

قلت: و لا شاهد لهذا الحمل الّا قياس ذلك على الحره و هو باطل عندنا و الاقوى الحمل على التخيير و عليه فالاقوى الحكم بالتخيير بين ثلاثه اطهار و ثلاث حيضات او ثلاثه اشهر نعم لو ثبت اعراض المشهور عن بعضها فهو و الّا فالاقوى التخيير.

و يجب الاستبراء بحدوث الملك و زواله

(و يجب الاستبراء بحدوث الملك و زواله بحيضه ان كانت تحيض أو بخمسه و أربعين يوما إذا كانت لا تحيض و هى فى سن من تحيض)

اما اصل وجوب الاستبراء على البايع فيدل عليه صحيح حفص بن البختريّ، عن الصّادق (عليه السلام) فى خبر «و قال فى رجل يبيع الأمه من رجل؟ فقال: عليه أن يستبرئ من قبل أن يبيع»(۱) و غيره.

و اما على المشترى فصحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام) «فى الرّجل يشترى الجاريه فيعتقها ثمّ يتزوّجها هل يقع عليها قبل أن يستبرء رحمها؟ قال: يستبرء رحمها بحيضه. قلت: فإن وقع عليها؟ قال: لا بأس»(۲).

ص:۶۲۲

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۷۲ح۴

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۷۵ح۳۶

و صحيح الحسن بن محبوب عن الحسن بن صالح، عن الصّادق (عليه السلام) «نادى منادى النّبيّ (صلى الله عليه و آله) فى النّاس يوم أوطاس أن استبرؤوا سباياكم بحيضه»(۱).

و اما ما فى صحيح سعد بن سعد الأشعرىّ، عن الرّضا (عليه السلام) «سألته عن رجل يبيع جاريه كان يعزل عنها هل عليه فيها استبراء؟ قال: نعم، و عن أدنى ما يجزى من الاستبراء للمشترى و البائع؟قال: أهل المدينه يقولون: حيضه، و كان جعفر (عليه السلام) يقول: حيضتان»(۲).

و حمل الشيخ الحيضتين على الاستحباب لكنّه كما ترى, فظاهر الخبر الإيجاب و الصحيح رده بالشّذوذ كيف و تضمن الاستبراء على البكر الّتى لم يدخل بها.

و مثله فى الشذوذ ايضا صحيح محمّد بن إسماعيل «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرّجل يشترى الجاريه من رجل مسلم يزعم أنّه قد استبرأها أ يجزى ذلك أم لابدّ من استبرائها؟ قال: استبرئها بحيضتين.قلت: هل للمشترى ملامستها؟ قال: نعم و لا يقرب فرجها»(۳).

و يدل على مضى خمسه و أربعين يوما فى من لا تحيض و هى فى سن من تحيض موثق سماعه «سألته (عليه السلام) عن رجل اشترى جاريه و لم يكن لها زوج

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۷۵ح۳۹
۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۷۱ح۱۸
۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۷۳ح۲۹

أيسـتبرء رحمها؟ قال: نعم, قلت: فإن كانت لم تحض؟ فقال: أمرها شديد فإن هو أتاها فلا ينزل الماء حتّى يستبين أ حبلى هی أم لا؟ قلت: و فی کم یستبین له؟ قال: فی خمسه و أربعین یوما»(۱).

و فی صحیح الحلبیّ عنه (علیه السلام) «فی رجل ابتاع جاریه و لم تطمث؟ قال: إن كانت صغیره لا یتخوّف علیها الحبل فلیس له علیها عدّه و لیطأها إن شاء و إن كانت قد بلغت و لم تطمث فإنّ علیها العدّه وسألته عن رجل اشتری جاریه و هی حائض قال إذا طهرت فلیمسَّها إن شاء »(۲).

و المراد من العـده مـده الاسـتبراء بقرینه ذیله كما و ان الظّاهر أنّ المراد بها أنّه إذا اشتری جاریه لم تبلغ لیس علیها اسـتبراء و إن كـانوا وطأوهـا و یجوز له وطیهـا إذا صـارت بالغه بعـد شـراءها،فلا دلاله فیه علی جواز وطی غیر البالغه و لو كانت مملوكته كما یتراءی فی بادی النّظر.

و فی موثق سـماعه الاخر «سألته عن رجل اشتری جاریه و هی طامث أ یستبرء رحمها بحیضه أخری أم تكفیه هذه الحیضه؟ قال: لا بل تكفیه هذه الحیضه، فإن استبرأها بأخری فلا بأس، هی بمنزله فضل»(۳) و قد دلّ هذا الموثق وصحیح الحلبی

۱- الكافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۲ح۱
۲- الكافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۲ح۶
۳- الكافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۲ح۸

المتقدم علی أنّه لو کانت حیضتها باقیه وقت الشّراء تکفی و لا یجب علیه استیناف حیضه لها .

کما و ان وجوب الاستبراء للوطی لا للتمتّعات الاخری کما فی موثق سماعه المتقدم اولا و صحیح الحلبی المتقدم انفا و یؤید ذلک خبر حمران، عن الباقر (علیه السلام) «سألته عن رجل اشتری أمه هل یصیب منها دون الغشیان و لم یستبرئها؟ قال: نعم إذا استوجبها و صارت من ماله، فإن ماتت کانت من ماله»(۱).

ثمّ إنّ المصنّف قال: «أو مضیّ خمسه و أربعین یوما» کما فی موثق سماعه المتقدم، و لکن الوارد فی صحیح الحلبیّ المتقدّم وسائر النصوص هو: «خمس و أربعین لیله» و الجمع بینهما یقتضی التخییر .

هذا، و المقنعه قال: بدل «خمسه و أربعین یوما أو خمس و أربعین لیله» بثلاثه أشهر و لم یظهر له مستند و إنّما ثلاثه أشهر بدل ثلاثه قروء فی الطّلاق.

و أمّا صحیح عبد اللّه بن سنان عنه (علیه السلام) «سألته (علیه السلام) عن الرّجل یشتری الجاریه و لم تحض؟ قال: یعتزلها شهرا إن کانت قد مسّت.قال: أ فرأیت إن ابتاعها و هی طاهر و زعم صاحبها أنّه لم یطأها منذ طهرت؟ قال: إن کان عندک أمینا فمسّها. و قال: إنّ ذا الأمر شدید، فإن کنت لا بدّ فاعلا فتحفظ لا تنزل علیها»(۲) الدال علی

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۲ح۶

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۲ح۷

كفايه اعتزال شهر عمّن لم تحض فقد حمله الشّيخ على أنّها تحيض أوّلا ـ في كلّ شهر حيضه. و هو كما ترى حمل تبرعى وخلاف الظّاهر من قوله: «يشترى الجاريه و لم تحض» فان ظاهره عدم حيضها أصلا ولم يعمل به احد فلا وثوق به .

نعم يكفى اخبار الثقه بالاستبراء كما في صحيح حفص بن البختريّ، عنه (عليه السلام) «في الرّجل يشترى الأمه من رجل فيقول: إنّى لم أطأها؟ فقال: إن وثق به فلا بأس بأن يأتيها»(۱).

و اما صحيح عبد اللّه بن سنان عنه (عليه السلام) «قلت له: أشترى الجاريه من الرّجل المأمون فخبّرنى أنّه لم يمسّها منذ طمثت عنده و طهرت عنده؟ قال: ليس بجائز أن يأتيها حتّى يستبرئها بحيضه و لكن يجوز ما دون الفرج، إنّ الّذين يشترون الإماء، ثمّ يأتوهنّ قبل أن يستبرئهنّ فأولئك الزّناه بأموالهم»(۲) الدال على عدم كفايه خبر الثقه فمعارض بصحيحه الاخر المتقدم و صحيح الحلبى , و على كفايه خبر الثقه عمل الاصحاب .

ص:۶۲۶

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۷۲ح۴

۲- الفقيه فى أوّل استبراء إمائه ۳۷ من نكاحه

ثمّ إنّ الاخبار دلّت على سقوط الاستبراء فى ما إذا كان بائعها مرأه كما فى صحيح رفاعه «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الأمه تكون لامرأه»، فتبيعها؟ فقال: لا بأس بأن يطأها من غير أن يستبرئها»(۱) وغيره(۲) .

هذا و تقدم فى كتاب البيع ان استبراء الحامل بوضع الحمل و لا يحرم فى مده الاستبراء غير الوطى كما فى صحيح رفاعه، عن الكاظم (عليه السلام) «سألته فقلت: أشترى الجاريه فتمكث عندى الأشهر لا تطمث و ليس ذلك من كبر فأريها النّساء، فيقلن: ليس بها حبل، أفلى أن أنكحها فى فرجها؟ فقال: إنّ الطمث قد تحسبه الرّيح من غير حبل فلا بأس أن تمسّها فى الفرج. قلت: فإن كانت حبلى فمالى منها إن أردت؟ قال: لك ما دون الفرج»(۳).

و فى بعض نسخ الكافى زياده «إلى أن يبلغ فى حملها أربعه أشهر و عشره أيّام فإذا جاز حملها أربعه أشهر و عشره أيّام فلا بأس بنكاحها فى الفرج» .

و نقل فى التّهذيب الخبر ثم قال: «و قد روى أنّه إذا جاز حملها أربعه أشهر و عشره أيّام جاز له وطيها فى الفرج»(۴) و رواه كاملا مع تلك الزياده و زاد «قلت: إنّ

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۷۴ح ۳۱

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۷۴ح ۳۲

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۷۵ح ۲

۴- التهذيب ح۴۶ فى باب لحوق أولاده، ۷ من ابواب الطلاق

المغیره و أصحابه یقولون: لا ینبغی للرّجل أن ینکح امرأته و هی حامل و قد استبان حملها حتّی تضع فتغذو ولده، قال: هذا من أفعال الیهود»(۱). ومن المحتمل أنّ نسخه من الکافی نقلت الزّیاده عن التّهذیب و یشهد لذلک أنّ الفقیه رواه مرسلا بدون تلک الزّیاده، و أنّ الوافی و الوسائل نقلاه بدونها و أنّ نسخه الکافی أیضا نقلتها فی الحاشیه بتوهّم سقوطها من المتن. و الحاصل انه لا وثوق بتلک الزیاده بل یردها صحیح محمّد بن قیس، عن الباقر (علیه السلام) «فی الولیده یشتریها الرّجل و هی حبلی، قال: لا یقربها حتّی تضع ولدها»(۲).

و قد استفاضت النصوص بحرمه وطئ الحامل و به قال الکلینی و هو المفهوم من الصّدوق حیث اعتمد فی الفقیه صحیح إسحاق بن عمّار « قال: سألت أبا الحسن (علیه السلام) عن رجل اشتری جاریه حاملا قد استبان حملها فوطئها قال بئس ما صنع فقلت ما تقول فیها قال عزل عنها أم لا قلت أجبنی فی الوجهین فقال إن کان عزل عنها فلیتَّقِ اللَّه و لا یعد»(۳) و قال فی هدایته: «یحرم من الإماء عشر» و نقل مضمون خبر مسعده الذی رواه التهذیب الدال علی حرمه الوطی, و لم نقف علی من قال بالتّحدید إلی أربعه أشهر و عشره أیّام سوی النّهایه و تبعه القاضی و ابن حمزه. و

ص:۶۲۸

۱- التهذیب ح۸۶ من زیادات فقه النکاح

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۵ح۳

۳- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۴۷ ح ۴۵۵۰

ذهب فی الخلاف و تبعه الحلیّ الی عدم التّحدید أصلا و لعلّهما استندا إلی إطلاق قوله تعالی {أَوْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُهُمْ}.

و ذهب المفید و الدّیلمیّ و الحلبیّان الی الاکتفاء بأربعه أشهر، و لیس لهم من دلیل .

و أمّا موثق عمّار، عن الصّادق «فی رجل اشتری من رجل جاریه بثمن مسمّی ثمّ افترقا، قال: وجب البیع و لیس له أن یطأها و هی عندها صاحبها حتّی یقبضها و یعلم صاحبها- الخبر»(۱) الدالّ علی اکتفاء المشتری بإعلام البائع بأنّه یرید وطیها، فمن أخبار عمّار الشاذّه.

ثمّ لو لم یستبرء أحدهما و استبان حملها عند الأخیر فالولد له لأنّه الفراش کما یشهد له صحیح ابان بن عثمان و هو من اصحاب الاجماع عن الحسن الصیقل عن الصّادق (علیه السلام): «و سئل عن رجل اشتری جاریه ثمّ وقع علیها قبل أن یستبرئ رحمها؟ قال: بئس ما صنع یستغفر اللّه و لا یعود، قلت: فإنّه باعها من آخر و لم یستبرء رحمها، ثمّ باعها الثانی من رجل آخر فوقع علیها و لم یستبرء رحمها

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۵ ص ۴۷۴ح ۱۰

فاستبان حملها عند الثالث، فقال أبو عبد اللّه (علیه السلام): الولد للفراش و للعاهر الحجر»(۱) و به عمل الفقیه(۲).

حصیله البحث:

و تعتدّ مطلق الامه المزوجه او التی یطأها سیدها من وفاه زوجها أو من وفاه سیّدها عدّه الحرّه، و کذلک المدبّره الموطوءه , و لو أعتق السّیّد أمته فثلاثه أقراءٍو یحتمل التخییر بینه و بین ثلاثه اطهار او ثلاثه اشهر، و لو أعتقها و قد حاضت عنده حیضه بعد ما وطئها اعتدّت بحیضتین, و یجب الاستبراء بحدوث الملک و زواله بحیضهٍ إن کانت تحیض أو بخمسهٍ و أربعین یوماً او لیله إذا کانت لا تحیض و هی فی سنّ المحیض , و یکفی اخبار الثقه بالاستبراء و یسقط الاستبراء إذا کان بائعها امرأه, و استبراء الحامل بوضع الحمل و لا یحرم فی مده الاستبراء غیر الوطی , و لو لم یستبرء أحدهما و استبان حملها عند الأخیر فالولد له .

الفصل الرابع: فی الأحکام

وجوب الإنفاق علی الزوجه فی العده الرجعیه

(یجب الإنفاق علی الزوجه فی العده الرجعیه کما کان فی صلب النکاح)

ص:۶۳۰

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۹۱ح۲

۲- من لا یحضره الفقیه؛ ج ۳، ص۴۵۱؛ باب أحکام الممالیک و الإماء.

كما فى صحيحه سعد بن أبى خلف، عن الكاظم (عليه السلام): إذا طلّق الرّجل امرأته طلاقا لا يملك فيه الرّجعه فقد بانت منه ساعه طلاقها و ملكت نفسها و لا سبيل له عليها، و تعتدّ حيث شاءت و لا نفقه لها- إلى- و المرأه الّتى يطلّقها الرّجل تطليقه، ثمّ يدعها حتّى تخلو أجلها فهذه أيضا تقعد فى منزل زوجها و لها النفقه و السكنى حتّى تنقضى عدّتها»(۱).

(و يحرم عليها الخروج)

و لها النفقه مع عدم نشوزها قبل الطلاق و فى زمن العده كما تقدم فى معتبر السّكونىّ، عن الصّادق (عليه السلام)، عن النّبىّ (صلى الله عليه و آله): «أيّما امرأه خرجت من بيتها بغير إذن زوجها فلا نفقه لها حتّى ترجع»(۲).

(من منزل الطلاق)

و هو المنزل الذى طلقت و هى فيه إذا كان مسكن أمثالها و إن لم يكن مسكنها الأول عند المصنف و لا دليل عليه و الظاهر من قوله تعالى {لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لَا يَخْرُجْنَ} هو منزلها الذى تسكن فيه لا منزل الطلاق.

(كما كان فى صلب النكاح)

۱- وسائل الشيعه ۱۵: ۴۳۶ الباب ۲۰ من أبواب العدد الحديث ۱

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۵۱۴ح۵

شروطا و کمیه و کیفیه للایه المتقدمه و لانها زوجته و یحرم علی الزوجه الخروج من المنزل کما تقدم فی معتبر السّکونیّ انفا.

(و یحرم علیه الإخراج)

لتعلق النهی بهما فی الآیه و لوجوب نفقتها علیه و المسکن منها کما تقدم.

(الّا أن تأتی بفاحشه یجب بها الحد أو تؤذی أهله بالقول أو الفعل)

أمّا المعنی الأوّل للفاحشه فهو ظاهر الآیه ویدل علیه مرفوع الفقیه عن الصّادق (علیه السلام) انه قال: «إلّا أن تزنی فتخرج و یقام علیها الحدّ»(۱) و به قال المفید و القاضی و الشیخ فی نهایته.

و اما المعنی الثانی ففیه روایتان مرسلتان و الآیه غیر ظاهره فیه لکنه مشهور بین الأصحاب وهو المفهوم من الکافی حیث اعتمد المرسلتین فروی عن إبراهیم بن هاشم، عن بعض أصحابه، عن الرّضا (علیه السلام) «فی قوله عزّ و جلّ «لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُیُوتِهِنَّ وَ لا یَخْرُجْنَ إِلّا أَنْ یَأْتِینَ بِفاحِشَهٍ مُبَیِّنَهٍ» قال: أذاها لأهل الرّجل و سوء خلقها»(۲).

۱- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۴۹۹

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)ج ۶ ص ۹۷

وخبر محمّد بن عليّ بن جعفر قال: «سأل المأمون الرّضا (علیه السلام) عن قول اللّه عزّ و جلّ «لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ» قال:يعنى بالفاحشه المبيّنه أن تؤذى أهل زوجها فإذا فعلت فإن شاء أن يخرجها من قبل أن تنقضى عدّتها فعل»(۱)

و مثله الشيخ فى تبيانه فقال فى تفسير الفاحشه المبيّنه: «قال ابن عبّاس: هى الإيذاء على أهلها و هو المرویّ عن أبی جعفر و أبی عبد اللّه علیهما السّلام».

و اليه مال الشيخ فى خلافه استنادا إلى أنّ النّبیّ (صلی الله علیه و آله) لما اخرج فاطمه بنت قيس لما بدت على بيت أحمائها و شتمتهم(۲).

قلت: إنّما روى سنن أبى داود فى أخبار كثيره أنّ فاطمه بنت قيس طلّقها زوجها ثلاثا و لم يجعل لها النّبیّ (صلی الله علیه و آله) نفقه و لا سكنى و أنّ النّبیّ (صلی الله علیه و آله) أمرها بالانتقال من بيت زوجها إلى بيت ابن أمّ مكتوم, و روى أنّ عمر و عائشه أنكرا عليها ذلك و أنّها حاجّت فى جواز انتقالها بقوله تعالى: {لَعَلَّ اللّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذٰلِكَ أَمْراً} و أنّ بعد الثلاث ليس إحداث- إلخ»(۳) و عليه فلا علاقه له بالمقام.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۹۷

۲- الخلاف، ج ۵، ص: ۷۰

۳- السنن الكبرى ۷: ۴۳۳

هذا و جمع الإسكافىّ و الحلبيّان و ابن حمزه و الحلّى بين المعينين و كذا القمّىّ و زاد تفسير ما يوجب الحدّ الزّنا و السرقه . قلت: و هو الاقوى لان المرسلتين و ان كانتا ضعيفتين الّا ان عمل الاصحاب جابر لهما فيثبت المعنى الثانى و المعنى الاول هو ظاهر الايه فالجمع بين المعنيين هو الاقوى.

و أمّا خبر سعد عن العسكرىّ (عليه السلام) فى خبر طويل قلت: «فأخبرنى عن الفاحشه المبيّنه الّتى إذا أتت المرأه بها فى عدّتها حلّ للزّوج أن يخرجها من بيته؟ قال: الفاحشه المبيّنه هى السحق دون الزّنا فإنّ المرأه إذا زنت و أقيم عليها الحدّ ليس لمن أرادها أن يمتنع بعد ذلك من التزوّج بها لأجل الحدّ و إذا سحقت وجب عليها الرّجم و الرّجم خزى من قد أمر اللّه برجمه فقد أخزاه و من أخزاه فقد أبعده و من أبعده فليس لأحد أن يقربه»(۱) فهو ضعيف سندا فرجال السند بعضهم مجهول الحال و بعضهم مهمل،، و الفقره المذكوره «من انها اذا سحقت الخ» مقطوعه البطلان لانها تخالف ما صح عنهم عليهم السلام. مضافا الى أن الواسطه بين الصدوق و سعد بن عبد اللّه فى جميع كتبه واحده ابوه أو محمّد بن الحسن ابن أحمد بن الوليد كما هو المحقق عند من تتبع كتبه و مشيخته و هنا بين الصدوق و سعد خمس وسائط. و قد رواه الطبرىّ فى الدلائل بثلاث وسائط غير ما فى الاكمال.

۱- كمال الدين و تمام النعمه، ج ۲، ص: ۴۵۴ح ۲۱

و یجب الإنفاق فی الرجعیّه علی الأمه إذا أرسلها مولاها لیلا

(و یجب الإنفاق فی الرجعیّه) من قبل زوجها (علی الأمه إذا أرسلها مولاها لیلا و نهارا)

کما فی المبسوط حیث قال: «التمکین الکامل هو أن تمکنه من نفسها علی الإطلاق من غیر اعتراض علیه فی موضع مثلها و نقلها إلیه، بدلیل أن الرجل یزوج أمته ثم یرسلها إلی زوجها لیلا فأمسکها لخدمه نفسه نهارا لا نفقه لعدم التمکین الکامل»(۱).

و لا نفقه للبائن

(و لا نفقه للبائن إلّا أن تکون حاملًا)

فتجب لها النفقه و السکنی حتی تضع لقوله تعالی {وَ إِنْ کُنَّ أُولاٰتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَیْهِنَّ حَتّٰی یَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ} و بذلک استفاضت الاخبار کما فی موثق سماعه: «قلت: المطلّقه ثلاثا لها سکنی أو نفقه؟ فقال: حبلی هی؟ فقلت: لا، قال: لیس لها سکنی و لا نفقه»(۲).

۱- المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۶، ص: ۱۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۴ح۵

و صحیح محمّد بن قیس، عن أبی جعفر (علیه السلام): «الحامل أجلها أن تضع حملها و علیه نفقتها بالمعروف حتّی تضع حملها»(۱) و غیرهما.

نفقه الحامل من مال ولدها

نعم نفقه الام تکون علی الولد اذا کان له مال علی الاقوی و عند المصنف لا تجب و بالعدم صرّح العمانیّ و الحلیّ و نقله عن تمهید المفید و هو ظاهر الکافی فروی صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام) «فی الحبلی المتوفّی عنها زوجها أنّه لا نفقه لها»(۲) و غیره.

ثمّ قال: «و روی أیضا أنّ نفقها من مال ولدها الذی فی بطنها» ثمّ روی خبر أبی الصبّاح، عنه (علیه السلام): «المرأه الحبلی المتوفّی عنها زوجها ینفق علیها من مال ولدها الذی فی بطنها»(۳) و به عمل الإسکافیّ و الشیخ و الحلبیّان و ابن حمزه و القاضی, وهو اخص مطلقا من صحیح الحلبی المتقدم و ما بمعناه والخاص یتقدم علی المطلق, نعم هو ضعیف من جهه محمد بن الفضیل لکن الراوی عنه ابن بزیع وهو ثقه ثقه کما و ان الکلینی مال الیه فانه قال روی.. ثم قال رواه محمد بن یحیی...

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۰۳ح۱
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۱۴ح۲
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۱۵ح۱۰

و به افتی الفقیه فقـال بعـد نقله: «و فی روایه السّـکونیّ قال علیّ (علیه السـلام): نفقه الحامل المتوفّی عنها زوجها من جمیع المال حتّی تضع» و الـذی نفتی به روایه الکنانی»(۱) و مثله الشـیخ فی التّهذیب أیضا فروی صـحیح محمد بن مسلم عن أحدهما (علیه السـلام) قال: «المتوفَّی عنها زوجُها یُنفق علیها من ماله»(۲) وقال: لأنَّ قوله (علیه السـلام) ینفقُ علیها من ماله نحمله علی أنَّه یُنفقُ علیها من مال الولد إذا کانت حاملا و استشـهد له بخبر الکنانی وصحیح ابن مسلم الاخر «قال:سألته عن المتوفَّی عنها زوجُها ألها نفقهٌ قـال لا یُنفقُ علیها من مالها»(۳), قلت: و قرینه حمله انه لاـ معنی لقوله من مـاله فی الصـحیح الاول و من مالها فی الصـحیح الثانی – مع القطع بانها لا نفقه لها ان لم تکن حاملا- غیر ما قاله و علیه فخبر الکنانی موثوق به.

و یـدل علی ذلک ایضا اطلاق صـحیح عبـد الرّحمن بن الحجّاج، عن الصّادق (علیه السـلام): «خمسه لا یعطون من الزّکاه شـیئا، الأب و الأمّ و الولـد و المملوک و المرأه و ذلک أنّهم عیاله لازمون له»(۴), واطلاقه لا معارض له بل هو باق علی حاله و شامل للصـغیر صاحب المال و انهم عیاله من حیث الحکم الوضـعی و ان لم یکن التکلیف موجها الیه لصـغره بل لولیه . هذا و علم مما تقدم ان نفقه الام تکون علی الولد اذا کان له مال, کما و ان نفقه الولد تکون علیه اذا کان له مال.

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۵۱۰

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۵۱ح۱۲۴

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۵۲ح۱۲۶

۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۳، ص: ۵۵۲ح۵

و أمّا موثق السّـكونى عن جعفر، عن أبيه، عن علىّ عليهم السّلام قال: «فى نفقه الحامل المتوفّى عنها زوجها من جميع المال حتّى تضع»(۱) فشاذّ ورده الصدوق كما تقدم و معارض بما تقدم من الاخبار المستفيضه من عدم النفقه لها.

(و لو انهدم المسكن) الذى طلقت فيه (أو كان مستعارا فرجع مالكه) فى العاريه (أو مستأجرا انقضت مدته أخرجها إلى مسكن يناسبها) لان ذلک من النفقه الواجبه عليه كما تقدم.

(و كذا لو طلقت فى مسكن لا يناسبها أخرجها إلى مسكن مناسب) و هذه الفروع ليست بها نصوص و إنّما الأصل فى عنوانها العامّه و تعرّض لها المبسوطان.

والمفهوم من قوله تعالى {لاـ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لاٰ يَخْرُجْنَ إِلّاٰ أَنْ يَأْتِينَ بِفٰاحِشَهٍ مُبَيِّنَه} عدم فصلها عن الزّوج فلو أخرجها معه إلى منزل آخر بل و لو إلى سفر ليس فيه مخالفه فقد قال تعالى بعد {لَعَلَّ اللّٰهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذٰلِکَ أَمْراً} بكون الغايه من الحكم هو حصول رغبه للزوج فى المطلّقه ثانيه إذا كانت عنده.

ص:۶۳۸

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۵۲ح۱۲۷

و لو مات فورث المسكن جماعه

(و لو مات فورث المسكن جماعه لم يكن لهم قسمته) حيث ينافى القسمه سكناها لسبق حقها إلّا مع انقضاء عدتها (هذا إذا كانت حاملا و قلنا لها السكنى، و الّا) تكن حاملا أو قلنا لا سكنى للحامل المتوفى عنها (جازت القسمه) لعدم المانع منها حينئذ.

اقول: الأصل فى قول المصنّف كلام المبسوط «إذا طلّق زوجته فاستحقّت السّكنى فى منزله المملوك، ثمّ مات المطلّق فى أثناء العدّه و ورثه جماعه من الورثه فليس لهم أن يقتسموا بالدّار حتّى تنقضى عدّه المطلّقه لأنّها استحقّت السكنى فى الدّار على الصفه الّتى هى عليها، فإذا قسمت كان فى قسمتها ضررا عليها فلم تجز ذلك كما لو اكترى جماعه دارا من رجل ثمّ أرادوا قسمتها لم يكن لهم ذلك لأنّ المستأجر استحقّ منفعتها على صفتها و فى قسمتها ضرر عليه» و هو أيضا كما ترى فإنّ المطلّق إذا مات فى أثناء العدّه تنقلب عدّه الطّلاق بعدّه الوفاه، و ترثه المطلّقه و لا نفقه لها و لا سكنى و لكل وارث حق المطالبه بحقه, كما أنّ تشبيهه باكتراء جمع دارا أيضا لا علاقه له بالمقام.

ص:۶۳۹

و تعتد زوجه الحاضر من حين السبب

(و تعتد زوجه الحاضر)

الموجب للعده من طلاق أو فسخ و إن لم تعلم به (من حين السبب) لقاعده اتصال العده بسببها، و لصدق تربصها المده المزبوره، بناء على أن المراد منه جلوسها عن النكاح المده المزبوره، كصدق مضى ذلك، فيندرجان حينئذ فى إطلاق ما دل على ذلك.

و تعتد زوجه الغائب فى الوفاه من حين بلوغ الخبر بموته

(و زوجه الغائب، فى الوفاه من حين بلوغ الخبر بموته)

للنصوص المستفيضه مثل صحيح محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السّلام «فى الرّجل يموت و تحته امرأه و هو غائب، قال: تعتدّ من يوم يبلغها وفاته»(۱).

و صحيح زراره، و محمّد بن مسلم، و بريد، عن الباقر (عليه السلام) قال: فى الغائب عنها زوجها إذا توفّى، قال: المتوفّى عنها تعتدّ من يوم يأتيها الخبر لأنّها تحدّ عليه»(۲).

ص:۶۴۰

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۱۲ح۱

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۱۲ح۳

و أمّا خبر أبی البختریّ وهب بن وهب، عن جعفر، عن أبیه علیهما السّلام: إنّ علیّا (علیه السلام) سئل عن المتوفّی عنها زوجها إذا بلغها ذلک و قد انقضت عدّتها فالحداد یجب علیها؟ فقال علیّ (علیه السلام): إذا لم یبلغها حتّی تنقضی عدّتها فقد ذهب ذلک کلّه و تنکح من أحبّت»(۱) الدل علی انقضاء العده وان لم یبلغها الخبر فمضافا الی ضعفه شاذّ و وهب عامّیّ کذّاب.

(و فی الطلاق من حین الطلاق)

کما فی صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام) «سألته عن الرّجل یطلّق امرأته و هو غائب عنها من أیّ یوم تعتدّ؟ فقال: إن قامت لها بیّنه عدل أنّها طلّقت فی یوم معلوم و تیقّنت فلتعتدّ من یوم طلّقت و إن لم تحفظ فی أیّ یوم و أیّ شهر فلتعتدّ من یوم یبلغها»(۲).

و صحیح زراره، و محمّد بن مسلم، و برید بن معاویه، عن الباقر (علیه السلام) «قال فی الغائب إذا طلّق امرأته أنّها تعتدّ من الیوم الذی طلّقها»(۳).

و اما ما فی صحیح أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام) «أنّه سئل عن المطلّقه یطلّقها زوجها فلا تعلم إلّا بعد سنه، فقال: إن جاء شاهدا عدل فلا تعتدّ و إلّا فلتعتدّ من

۱- التّهذیب (فی ۸۷ من أخبار زیادات فقه نکاحه)

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۱۰ح۱

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۱۰ح۲

يوم يبلغها»(۱) فالمراد به انه ثبت بشهاده العدلين فمن حين مفاد الشهاده تعتد والّا فمن يوم يحصل لها العلم بتاريخ الطّلاق.

و مثله فى الدلاله صحيح البزنطىّ، عن الرّضا (عليه السلام) «قال: فى المطلّقه إذا قامت البيّنه أنّه قد طلّقها منذ كذا و كذا فكانت عدّتها قد انقضت فقد بانت»(۲) و غيرهما.

و أمّا خبر الحسين بن زياد: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن المطلّقه يطلّقها زوجها و لا تعلم إلّا بعد سنه و المتوفّى عنها زوجها فلا تعلم بموته إلّا بعد سنه؟ قال: إن جاء شاهدان عدلان فلا تعتدّان و إلّا تعتدّان»(۳) و المراد ان ثبت الموت بشهاده العدلين فقد انقضت العده وان لم يثبت الموت فمن يوم بلغها الموت تعتد. ففيه: انه اعرض الاصحاب عنه فلا فرق بين الامرين فى الاعتداد من يوم بلغها كما تشهد به النصوص المستفيضه.

و مثله فى الاشكال صحيح الحلبىّ، عن الصّادق (عليه السلام): «قلت: امرأه بلغها نعى زوجها بعد سنه أو نحو ذلک، فقال: إن كانت حبلى فأجلها أن تضع حملها، و إن كانت ليست بحبلى فقد مضت عدّتها إذا قامت لها البيّنه أنّه مات فى يوم كذا و

۱- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۱۱

۲- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ص ۱۱۱

۳- تهذيب الأحكام ج ۸ ص: ۱۶۴ح۱۶۹ ورواه الإستبصار عن الحسن بن زياد و هو المعروف.

كذا، و إن لم يكن لها بيّنه فلتعتدّ من يوم سمعت»(۱) و قد حكم الشيخ بشذوذهما، و احتمل توهم الراوی بتبديل حكم المطلّقه بالمتوفّی عنها زوجها, قلت: و لا يعارضان الاخبار المستفيضه و قد اعرض الاصحاب عنهما.

و أمّا ما فی صحيح منصور بن حازم، عن الصّادق (عليه السلام) «فی المرأه يموت زوجها أو يطلّقها و هو غائب؟ قال: إن كان مسيره أيّام فمن يوم يموت زوجها تعتدّ، و إن كان من بعد فمن يوم يأتيها الخبر لأنّها لا بدّ من أن تحدّ له»(۲) فلم يعمل به احد عدا الشيخ فی التهذيب ونسبه فی الاستبصار الی الروايه فقال «و قد روی أنّه إذا كانت المسافه قريبه جاز لها أن تبنی من يوم يموت الرّجل»(۳).

عده وطء الشبهه

و اما ثبوت العده فی وطء الشبهه فلصحيح محمد بن مسلم عن أبی جعفر ع فی رجلين شهدا علی رجل غائب عند امرأته بأنَّهُ طلَّقها فاعتدَّت المرأه و تزوَّجت ثمَّ إنَّ الزَّوج الغائب قدم فزعم أنَّهُ لم يطلّقها و أكذب نفسه أحد الشاهدين فقال لا سبيل للأخير عليها و يؤخذ الصَّداق من الَّذی شهد و رجع فيردُّ علی الأخير و

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۶۴ح ۱۷۰

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۶۵ح ۱۷۱

۳- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار ج ۳ ص ۳۵۶

یفرَّق بینهما و تعتدُّ من الأخیر و لا یقربها الأوَّل حتَّی تنقضی عدَّتها»(۱), و هو مقتضی النصوص الاتیه ففی صحیح زراره الاتی «و تعتدّ عدّه واحده منهما جمیعا»(۲).

وانما الکلام فی تداخل العدتین وعدمه ومقتضی الاصل عدم تداخل عده وطی الشبهه و النکاح الصحیح فتعتد لکل منهما عده، و لکن ظاهر بعض النصوص أن تعدّد العده مذهب العامّه کما فی صحیح زراره، عن أبی جعفر (علیه السلام): «فی المرأه تزوّجت قبل أن تنقضی عدّتها؟ قال: یفرّق بینهما و تعتدّ عدّه واحده منهما جمیعا»(۳).

و مرسل جمیل عن أحدهما علیهما السّلام فی المرأه تزوّج فی عدّتها؟ قال: یفرّق بینهما، و تعتدّ عدّه واحده منهما جمیعا، و إن جاءت بولد لستّه أشهر أو أکثر فهو للأخیر و إن جاءت بولد لأقلّ من ستّه أشهر فهو للأوّل»(۴).

و خبر زراره، عن الصّادق (علیه السلام): سألته عن امرأه نعی إلیها زوجها فاعتدّت و تزوّجت فجاء زوجها الأوّل ففارقها و فارقها الآخر، کم تعتدّ للناس؟ فقال: ثلاثه

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۶۰
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۷ ص ۳۰۸
۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۷ ص ۳۰۸
۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۷ ص ۳۰۹

قروء، و إنّما يستبرء رحمها بثلاثه قروء تحلّها للناس كلّهم»(۱) قال زراره: و ذلك أنّ ناسا قالوا: تعتدّ عدّتين من كلّ واحد عدّه، فأبى ذلك أبو جعفر (عليه السلام)، و قال: تعتدّ ثلاثه قروء فتحلّ للرّجال(۲) و غيرها.

و اطلاقها شامل لكل الصور فيشمل المتوفى عنها زوجها و غيره وما ذكر من تفصيل او توجيه لا شاهد له ولا دليل عليه , نعم نقول بتخصيصها فى الحبلى المتوفى عنها زوجها لصحيح الحلبى عن ابى عبد اللّه (عليه السلام): «سألته عن المرأه الحبلى يموت زوجها فتضع و تزوج قبل ان تمضى لها اربعه اشهر و عشرا فقال: ان كان دخل بها فرّق بينهما و لم تحل له ابدا و اعتدت ما بقى عليها من الاول و استقبلت عده اخرى من الآخر ثلاثه قروء ...»(۳) و مثله موثق محمد بن مسلم(۴), فهما اخص مطلقا من الطائفه الاولى حيث ان موردهما الحبلى المتوفى عنها زوجها و عليه فتقيد الطائفه الاولى بهما.

و اما صحيح علىّ بن بشير النبّال عن الصّادق (عليه السلام) «عن رجل تزوّج امرأه فى عدّتها و لم يعلم و كانت هى قد علمت أنّه بقى من عدّتها و أنّه قذفها بعد علمه بذلك، فقال: إن كانت علمت أنّ الذى صنعت محرّم عليها فقدمت على ذلك فإنّ

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۵۴۸

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۵۴۸

۳- وسائل الشيعه ۱۴: ۳۴۶ الباب ۱۷ من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ۶

۴- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۵ ص ۴۲۷

علیها الحدّ حدّ الزّانی و لا أری علی زوجها حین قذفها شیئا، و إن فعلت ذلک بجهاله منها، ثمّ قذفها بالزّنا ضرب قاذفها الحدّ، و فرّق بینهما، و تعتدّ ما بقی من عدّتها الأولی و تعتدّ بعد ذلک عدّه کامله»(۱) الدال علی ان للزنا عده فشاذ لان الزنا لاعده له مضافا الی انه لایعارض ما تقدم من النصوص المتقدمه المستفیضه والتی عمل بها الاصحاب.

عده المفسوخ عقدها والمرتد زوجها

و اما وجوب العده علی المفسوخ عقدها بعد الدخول بفسخ او انفساخ فیستدل لها بصحیح أبی بصیر، عن أبی جعفر (علیه السلام): فی خبر «فإن تزوّج علیهما حرّهً مسلمهً و لم تعلم أنّ له امرأهً نصرانیّهً و یهودیّهً ثمّ دخل بها فإنّ لها ما أخذت من المهر فإن شاءت أن تقیم بعد معه أقامت و إن شاءت تذهب إلی أهلها ذهبت و إذا حاضت ثلاثه حیضٍ أو مرّت لها ثلاثه أشهرٍ حلّت للأزواج قلت فإن طلّق علیها الیهودیّه و النّصرانیّه قبل أن تنقضی عدّه المسلمه له علیها سبیلٌ أن یردّها إلی منزله قال نعم»(۲) و قد دلت علی ان عدتها ثلاثه حیض او ثلاثه اشهر.

و معتبر منصور بن حازم، عن الصّادق (علیه السلام) «سألته عن رجل مجوسیّ أو مشرک من غیر أهل الکتاب کانت تحته امرأه فأسلم أو أسلمت؟ قال: ینتظر بذلک انقضاء

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۷ ص ۳۰۹

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۵۸ح۱۱

العدّه، و إن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضی عدّتها فهما علی نكاحهما الأوّل، و إن هو لم يسلم حتّی تنقضی العدّه، فقد بانت منه»(۱) لعدم الفرق عرفا بين الفسخ و الانفساخ.

قلت: فی سنده عبد الله بن محمد والظاهر انه بنان اخو احمد الاشعری الذی لم يستثنه ابن الوليد من نوادر الحكمه و عليه فالسند لا اشكال فيه , كما و ان الشيخ رواه باسناد اخر(۲) و لا اشكال فيه الّا من جهه محمد الطيالسی و هو ممدوح, وهذا مما يكفی فی الموثوقيه علی فرض ضعف السند الاول.

هذا و يستدل لهذا الفرع ايضا بصحيحه حفص بن البختری عن ابی عبد اللّه (عليه السلام): «اذا التقی الختانان وجب المهر و العده و الغسل»(۳) و غيرها، فانها باطلاقها تشمل وطء الشبهه والفسخ, و اما الزنا فخرج بالمخصص.

و اما ان عده المرتد زوجها عن فطره هی عده الوفاه فلصحيح ابن محبوب وهو من اصحاب الاجماع عن هشام بن سالم وهو ثقه ثقه عن عمّار السّاباطیّ عن الصّادق (عليه السلام): «كلّ مسلم بين المسلمين ارتدّ عن الإسلام و جحد محمّدا (صلی الله عليه و آله) نبوّته و كذّبه فإنّ دمه مباح لكلّ من سمع ذلك منه و امرأته بائنه منه يوم ارتدّ فلا

ص:۶۴۷

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۳۵ح۳

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۰۱ح۱۶ و فيه «و إن هی لم تسلم».

۳- وسائل الشيعه ۱۵: ۶۵ الباب ۵۴ من أبواب المهور الحديث ۴

تقربه و يقسم ماله على ورثته و تعتـدّ امرأته عدّه المتوفى عنها زوجها و على الإمام أن يقتله و لا يسـتتيبه»(۱) و به افتى الاصحاب و عليه فلا يضر كون عمّار راويه و ان كثيرا من رواياته من الشواذّ.

و اما عـده المرتـد زوجها عن مله فعـدتها عـده المطلّقه، فإن رجع إلى الإسـلام و تاب قبل التزويج فهو خاطب من الخطّاب، و لا عـدّه عليها منه، و تعتدّ منه لغيره، و إن مات أو قتل قبل العدّه اعتدّت منه عدّه المتوفّى عنها زوجها يشـهد لذلك ما في معتبر أبى بكر الحضـرميّ، عنه عليه السّلام: إذا ارتـدّ الرّجـل عن الإسـلام بـانت منه امرأته كمـا تبين المطلّقه ثلاثـا، و تعتـدّ منه كمـا تعتدّ المطلّقه، فإن رجع إلى الإسـلام و تاب قبل التزويـج فهو خاطب من الخطّاب، و لا عـدّه عليها منه، و تعتدّ منه لغيره، و إن مات أو قتل قبل العـدّه اعتـدّت منه عـدّه المتوفّى عنها زوجها و هى ترثه فى العـدّه و لا يرثها إن ماتت و هو مرتدّ عن الإسـلام»(۲), و به عمل الفقيه و الشـيخ و فى سـنده ابن محبوب و هو من اصـحاب الاجماع, و ظاهره نفى الأولويه و إن أسلم فى العده بدليل قوله: «و لا عده عليها منه، و لتعتد منه لغيره» الصريح فى كونها لم تنقض عدتها.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۷۴ح۱

۲- من لا يحضره الفقيه ج ۴ ص ۳۳۲ و تهذيب الأحكام ج ۹ ص ۳۷۳

و اجاب عنه فی الجواهر: أنه یمکن حمل البینونه علی أنه لیس له الرجوع ما دام علی الکفر، و التوبه قبل التزویج علیها علی ما قبله بعد العده(۱).

و فیه: انه لا شاهد لهذا الحمل و علیه فالاقوی انه إن رجع إلی الإسلام و تاب قبل التزویج فهو خاطب من الخطّاب لا انه احق بها فی العده .

حصیله البحث:

یجب الإنفاق فی العدّه الرّجعیّه مع عدم نشوزها قبل الطّلاق و فی زمن العدّه کما کان فی صلب النّکاح، و یحرم علیها الخروج من منزلها الذی تسکن، و یحرم علیه الإخراج إلّا أن تأتی بفاحشهٍ یجب بها الحدّ أو تؤذی أهله، و یجب الإنفاق فی الرّجعیّه علی الأمه إذا أرسلها مولاها لیلًا و نهاراً، و لا نفقه للبائن إلّا أن تکون حاملًا فتجب لها النفقه و السکنی حتی تضع نعم تکون نفقه الام علی الولد اذا کان له مال, کما و ان نفقه الولد تکون علیه اذا کان له مال، و لو انهدم المسکن أو کان مستعاراً فرجع مالکه أو مستأجراً انقضت مدّته أخرجها إلی مسکنٍ یناسبها، و کذا لو طلّقت فی مسکنٍ لا یناسبها أخرجها إلی مسکنٍ مناسبٍ و له أن یخرجها معه إلی منزل آخر بل و لو إلی سفر، و لو مات فورث المسکن جماعهٌ تنقلب عدّه الطّلاق الی عدّه الوفاه، و ترثه المطلّقه و لا نفقه لها و لا سکنی ولکل

۱- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۹، ص: ۳۵

وارث حق المطالبه بحقه. و تعتدّ زوجه الحاضر من حين السّبب و زوجه الغائب فی الوفاه من حین بلوغ الخبر بموته، و فی الطّلاق من حین الطّلاق, و تجب العده فی وطء الشبهه و لا یقربها الأوَّل حتَّی تنقضی عدَّتها, و لو کانت فی العده و وطئت بالشبهه تداخلت العدّتان الّا فی الحبلی المتوفی عنها زوجها فعلیها عدّتان , و تجب العده علی المفسوخ عقدها بعد الدخول بفسخ او انفساخ و عدتها ثلاثه حیض او ثلاثه اشهر, و عده المرتد زوجها عن فطره هی عده الوفاه و عده المرتد زوجها عن مله عده المطلّقه، فإن رجع إلی الإسلام و تاب قبل التزویج فهو خاطب من الخطّاب، و لا عدّه علیها منه، و تعتدّ منه لغیره، و إن مات أو قتل قبل العدّه اعتدّت منه عدّه المتوفّی عنها زوجها .

تم الجزء الثانی عشر ویلیه الجزء الثالث عشر اوله کتاب الخلع والمبارأه والحمد لله اولا واخرا. قم المقدسه- ٣شوال١۴٣۶هجریه- ماجد الکاظمی

الفهرس

ص:۶۵۱

ص:۶۵۲

ص:۶۵۳

ص:۶۵۴

ص:۶۵۵

ص:۶۵۶

ص:۶۵۸

درباره مرکز

بسمه تعالی

هَلْ یَسْتَوِی الَّذِینَ یَعْلَمُونَ وَالَّذِینَ لَا یَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند ؟

سوره زمر/ ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ.ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفا علمی و به دور از تعصبات و جریانات اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب « مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱.بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)

۲.تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی

۳.جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه ، تبلت ها، رایانه ها و ...

۴.سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو

۵.گسترش فرهنگ عمومی مطالعه

۶.زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱.عمل بر مبنای مجوز های قانونی

۲.ارتباط با مراکز هم سو

۳.پرهیز از موازی کاری

۴.صرفا ارائه محتوای علمی

۵.ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱.چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲.برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳.تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴.تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵.ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: www.ghaemiyeh.com

۶.تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷.راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸.طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹.برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰.برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

۱.JAVA

۲.ANDROID

۳.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

۷.CHM

۸.GHB

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

۱.ANDROID

۲.IOS

۳.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

درپایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که مـا را در دستیـابی به این هـدف یـاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادنـد تقـدیر و تشـکر می نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصـفهان -خیابان عبـدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آباده ای - کوچه شـهید محمد حسن توکلی -پلاک ۱۲۹/۳۴- طبقه اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹